

Universidad Miguel Hernández
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche
Grado en Seguridad Pública y Privada
Curso académico 2021-2022

LA DETENCIÓN POLICIAL



Trabajo Fin de Grado

Alumno: Vicente Martorell Alonso

Tutora: Profesora Dra. Olga Fuentes Soriano



RESUMEN

La figura de la Policía, en sus diligencias de actuaciones con ocasión de hechos delictivos, tiene como misión la detención y aseguramiento del delincuente, la protección de las víctimas y la aprehensión de las pruebas del delito. En este sentido, nuestro ordenamiento jurídico ha facultado a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para, en circunstancias concretas, proceder a la intervención en uno de los Derechos Fundamentales tan relevantes como la libertad. Hay que tener presente que su práctica, desde la perspectiva operativa de los agentes intervinientes que la realizan, está marcada por multitud de situaciones que generan gran inseguridad en su puesta en ejecución acorde con los derechos de los detenidos. Esta forma de actuación, como veremos en este estudio, puede afectar tanto al contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona privada de libertad como a la responsabilidad de la persona que ejecuta la detención.

La regulación normativa y constitucional que contempla estos concretos casos y el modo en que debe llevarse a cabo constituirá el núcleo principal del presente trabajo.

Asimismo, se plasmarán las cuestiones más relevantes que suscitó la Ley Orgánica 13/2015, por la que se modificó la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Cabe disponer que esta reforma supuso una modificación en las garantías procesales del detenido y mediante la misma, se transpuso al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/48/UE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia letrada a la persona detenida.

La esencia de esta investigación por tanto radica en poner en conocimiento al lector sobre las exigencias o requisitos para practicar una detención conforme a Ley a fin de garantizar y determinar si una concreta privación de libertad está realizada conforme a las disposiciones legales y a las declaraciones contenidas en las distintas normativas jurídicas y jurisprudenciales aplicables en nuestro ordenamiento jurídico.

A tal efecto, se profundizará en las normativas legales y constitucionales relativas a esta medida cautelar, tanto nacionales como europeas, teniendo en cuenta aspectos referidos al procedimiento aplicable, a la interpretación jurisprudencial y procesal, a la práctica operativa y a los derechos humanos desde el ámbito internacional, de modo que pueda obtenerse una visión multidisciplinar, objetiva y práctica de la detención policial.

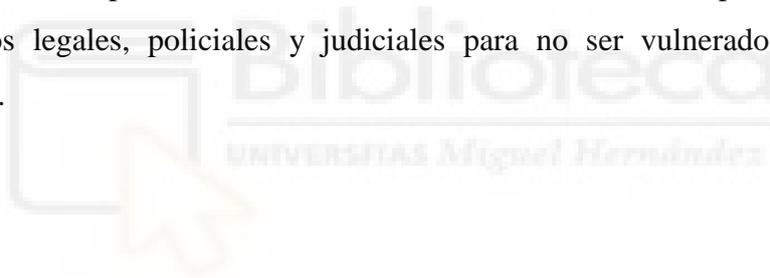
Con todo ello, se procederá a motivar y a aportar una aclaración a los distintos escenarios que se le presentan a los agentes policiales cuando practican una detención a fin de

establecer unas bases mínimas para el establecimiento de un protocolo de actuación básico que regule una actividad tan compleja.

La dificultad de su regulación emana de la inmensa diversidad de situaciones que pueden plantearse, que van desde el ejemplo de una simple infracción administrativa, un hecho ilícito penal o a través de supuestos de personas con minoración en sus facultades psíquicas, trastornos psíquicos o transitorios permanentes. El catálogo es muy amplio, pero sí es posible establecer unas directrices basadas en preceptos doctrinales y jurisprudenciales.

Consciente de esta dificultad, en la medida de lo posible, en todo el estudio se ha intentado aportar una visión crítica y razonada, cuya finalidad ha sido la comprensión y resolución de las distintas cuestiones de controversia del mismo.

Así, para facilitar una mejor comprensión a la extensión de las normas sobre esta privación de libertad y a tenor de lo señalado, queda evidente que dicha privación cautelar personal, requiere de una serie de garantías jurídicas, por ello será necesario un estudio de su procedimiento para introducir al lector en él a fin de comprender todos los procedimientos legales, policiales y judiciales para no ser vulnerado este derecho constitucional.



Palabras clave:

Policía, Derecho Fundamental, libertad, detención, medida cautelar.

Índice.

Abreviaturas.....	4
1. Introducción.....	5
2. La detención: concepto y requisitos.....	8
2.1 Concepto.....	8
2.2 Requisitos generales de la detención.....	19
2.2.1 Sospecha de participación en la comisión del hecho delictivo.....	23
2.2.2 Rebeldía	24
2.2.3 Fuga.....	26
2.2.4 Plazos de la detención.....	29
2.3 Requisitos de la detención en supuestos especiales.....	31
2.3.1 Extranjeros.....	32
2.3.2 Estados de excepción y sitio.....	32
2.3.3 Militares en actividad.....	32
2.3.4 Personas menores de edad.....	33
2.3.5 Personas con discapacidad.....	38
2.3.6 Delitos de terrorismo.....	39
2.3.7 Aforados.....	40
2.3.8 Delito leve.....	41
3. Clases de la detención.....	43
3.1 En función del sujeto que las practica.....	44
3.1.1 Detención por particulares.....	45
3.1.2 Detención por agentes de la autoridad.....	48
3.1.3 Detención judicial.....	56
3.2 En función del régimen de comunicación: comunicada e incomunicada.....	58
4. Diligencias relacionadas con la detención: El atestado policial.....	61
5. Conclusiones.....	71
6. Bibliografía.....	73

Abreviaturas.

Art./Arts.	Artículo/ Artículos
CE	Constitución Española
LECRIM	Ley de Enjuiciamiento Criminal
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
CP	Código Penal
LGP	Ley General Penitenciaria
UE	Unión Europea
LOFFCCSS	Ley Orgánica Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
P.	Página
Coord.	Coordinador
Dir.	Director
Op. cit.	Obra citada
LOPJ	Ley Orgánica Poder Judicial
FFCCSS	Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
LPM	Ley Procesal Militar
LORPM	Ley Orgánica Responsabilidad Penal del Menor
LEC	Ley Enjuiciamiento Civil
TS./SSTS	Tribunal Supremo / Sentencias del Tribunal Supremo
CCAA	Comunidad Autónoma
LO	Ley Orgánica
SS.	Siguientes
ADN	Acido desoxirribonucleico
RD	Real Decreto

1. Introducción.

El presente estudio tiene como objetivo la realización del trabajo final correspondiente al curso efectivo 2021/2022, sobre el grado referente a la titulación universitaria en Seguridad Pública y Privada. En el mismo, se llevará a cabo la exposición e investigación sobre “la detención policial”.

La elección de este trabajo se justifica por las circunstancias surgidas en el día a día durante el ejercicio de mi cargo como miembro de la Policía y en especial por la detención. Dicho interés sobre este estudio además de la pertenencia a un cuerpo policial, es debido a la gran controversia creada, por tratarse de una medida cautelar que afecta a la libertad del sujeto; pues, como expone el artículo 17.1 de la Constitución Española “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo lo establecido en la ley”.

Debido a la importancia que merecen los derechos fundamentales cuando se priva a una persona de libertad, desde el ámbito policial es vital la obligatoriedad de tener pleno conocimiento sobre las garantías que afectan a dicha medida cautelar y seguir los procedimientos legales, pues para ello tienen que estar presentes una serie de protecciones procesales a fin que no sea vulnerado este derecho constitucional.

Cabe recordar que la Constitución Española salvaguarda los derechos fundamentales de los ciudadanos aplicando, para proteger su eficacia, una serie de garantías, desarrolladas por diferentes leyes, como la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que determina los casos en que procede la detención, sus características y formalidades así como el Código Penal que califica como hechos delictivos determinadas conductas estableciendo penas para quienes ataquen bienes tan importantes como la vida, la integridad física y moral, la libertad, la intimidad o la propia imagen.

Así, la Constitución Española, en su artículo 1 proclama como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico la libertad, entendida como la autonomía del individuo para poder elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten de acuerdo con sus propios intereses y preferencias.

De tal modo, en el momento que una persona sufre una privación de libertad por los agentes policiales, la policía debe garantizar los derechos de una persona privada de libertad y debe actuar conforme a los mandatos y garantías constitucionales que

desarrollan las leyes de enjuiciamiento, disponiendo que cualquier imprudencia o negligencia intencionada o no, puede suponer y conllevar una responsabilidad penal para los agentes actuantes que llevaron a cabo dicha privación, hayan instruido las correspondientes diligencias o fueran los responsables de la seguridad y custodia de la persona detenida.

El objetivo principal de esta investigación reside en proporcionar una argumentación y aclaración de las distintas situaciones que se le pueden plantear a los agentes cuando practican la detención, así como profundizar en los supuestos de la misma en función de la persona que priva de libertad a otra.

Asimismo, desde una perspectiva policial, se mostrarán las garantías absolutas para determinar si una concreta detención se encuentra amparada conforme a las directrices legales y normativas cuya finalidad será determinar el régimen jurídico de esta medida cautelar, exponiendo y desarrollando su regulación y los presupuestos que deben concurrir para llevarla a cabo.

Además, se argumentará sobre los diferentes aspectos de los preceptos legales y constitucionales sobre su duración, así como se discutirá sobre los aportes doctrinales y jurisprudenciales al respecto con el propósito y objetivo de resolver la controversia existente entre el plazo previsto por la LECrim y el previsto en la CE.

Por lo tanto, se incluyen como objetivos de esta investigación los siguientes:

- Estudiar y analizar de forma crítica el concepto de la detención y el catálogo de supuestos en los que procede.
- Fijar los criterios básicos de valoración para los agentes que practican la detención, los presupuestos de las extensas y sólidas garantías amparadas en nuestro ordenamiento jurídico que deben concurrir para llevarla a cabo, así como los tipos de detención existentes, quiénes pueden adoptarla y el momento en que se debe adoptar.
- Aclarar cuestiones específicas que se plantean en torno a los presupuestos legales, las diversas finalidades que se persiguen, los problemas sobre la duración de la privación de la libertad, así como las complejidades del régimen jurídico de la persona detenida, teniendo en cuenta también los casos de régimen de incomunicación y la pertenencia a bandas de terrorismo.

Finalmente, en relación a la metodología que se ha utilizado, han sido materia de análisis una gran cantidad de estudios doctrinales, así como manuales de derecho procesal y penal de diferentes autores para su comprensión. También gran parte del estudio de investigación ha supuesto el análisis de diferentes resoluciones judiciales, normas procesales y legislación europea. Asimismo, desde un tono crítico y razonado, se ha procedido a examinar tanto los aportes doctrinales como las sentencias existentes en relación con la cuestión de desarrollo en cada epígrafe del estudio, a fin de clarificar y dar entendimiento a los diferentes puntos de controversia y debate de los mismos.



2. La detención: concepto y requisitos.

2.1 Concepto.

Desde la entrada en vigor de la Constitución Española en 1978, España se constituye como un Estado social y democrático de Derecho (art. 1 CE). Ello supone, entre otras cuestiones, la consagración de todo un conjunto de derechos y, específicamente, de derechos fundamentales que se garantizan a todos los ciudadanos. De entre los derechos fundamentales adquiere un valor singular la libertad (art. 17 CE), entendida ésta como la autonomía del individuo para poder elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten de acuerdo con sus propios intereses y preferencias¹.

Este derecho constitucional, “se configura como un derecho fundamental especialmente protegido”². Así, el art. 17.1 de la CE, hace referencia a que toda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personal, es decir, si se procede a detener a un sujeto sin tener un fin justificable o sin haber cometido un hecho delictivo, privándolo de su libertad por un tiempo limitado, se vulneraría el derecho fundamental establecido en dicho artículo. Según el mismo, “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos previstos en la Ley”.

Por otro lado, cabe tener presente que el derecho a la libertad no es absoluto y puede ser limitado en algunos casos, previsto por las Leyes Orgánicas para tal efecto. Estos casos de limitación se regulan en la LECrim para los supuestos de detención, tiempo y efectos, en sus arts. 489 a 501 y 520 a 527.

En esta línea de argumentación, RODRÍGUEZ RAMOS, afirma que todo individuo ostenta el derecho a no ser privado de libertad, salvo que infringiera la legalidad. La norma general por tanto sería la no detención, salvo en caso de necesidad absoluta, es decir, tras convertirse en un mal menor respecto a otro mal mayor que se trate de evitar³.

La importancia de regular cualquier posible privación de la libertad ha despertado la preocupación no sólo de los distintos países -cuestión que se refleja en las respectivas legislaciones nacionales- sino también de diversos organismos internacionales, tal y como se referirá a continuación. Estos entes han establecido algunas consideraciones básicas y textos de protección de las normas relativas a estos derechos fundamentales y a las

¹ STC 132/89 de 18 de julio.

² Instrucción 3/2009 de 23 de diciembre de la Fiscalía General del Estado.

³ RODRÍGUEZ RAMOS, L., *La detención*, Akal, Móstoles, 1987, p. 43.

libertades que la Constitución reconoce. Estas garantías constitucionales se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas y recogido en el art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado en España en virtud de Instrumento de 27 de abril de 1977⁴.

Por otro lado, cabe reseñar, la existencia a nivel europeo de un Código de Conducta para funcionarios, adoptado de igual modo por la Asamblea general de Naciones Unidas en su resolución 34/169⁵, de 17 de diciembre de 1979. Establece como finalidad respetar y proteger la dignidad humana y defender los derechos de todas las personas, el cumplimiento en todo momento de los deberes impuestos por la Ley, sirviendo a su comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilícitos, en conformidad con la exigencia de responsabilidad exigida en su profesión.

Este Código de conducta será de aplicación en todos los casos en que se haya incorporado a la legislación nacional, salvo si la legislación propiamente dicha del Estado dispusiera de disposiciones más estrictas a las del presente. De este modo, estas normas serán las que se aplicarán.

Por su parte, el Código Europeo de Ética Policial⁶, adoptado por el Consejo de Ministros de los Estados miembros europeos, se aplica a las Fuerzas o servicios policiales públicos, controlados por los poderes de los estados cuyos objetivos principales, entre otros, consisten en unas pautas de conductas y recomendaciones con la finalidad de garantizar el mantenimiento de la seguridad civil, el respeto a la Ley y del orden en la

⁴ Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966.

⁵ El Texto consta de 8 artículos, a lo largo de los cuales se exhorta a los policías de los distintos países a las siguientes conductas profesionales:

a) Cumplir los deberes que les impone la ley y proteger a las personas contra actos ilegales; b) Respetar y proteger la dignidad humana y defender los derechos humanos de las personas; c) Usar la fuerza coactiva únicamente cuando sea necesaria para el desempeño de sus tareas y en el grado mínimo imprescindible a tal fin; d) Mantener el secreto profesional acerca de aquello que conozcan referente a las personas por el ejercicio de su profesión, salvo que el cumplimiento del deber o las necesidades de la justicia exijan justamente lo contrario; e) Abstenerse absolutamente de cualquier tipo de actos que impliquen tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, sin que puedan oponerse pretextos tales como órdenes de los superiores o estados de excepción o guerra; f) Actuar como garantes de la salud de las personas bajo su custodia y adoptar medidas inmediatas para facilitarles la asistencia médica cuando sea precisa; g) Abstenerse, oponerse y combatir cualquier acto de corrupción en el seno de los cuerpos policiales; h) Respetar el contenido del código de conducta, así como oponerse y denunciar las violaciones del mismo.

⁶ Aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, de fecha 19 de septiembre de 2001.

sociedad, así como proteger y respetar las libertades y derechos fundamentales de todo individuo.

Siguiendo con este Código, plantea que “la Policía solo debe interferir en el derecho individual a la privacidad cuando sea estrictamente necesario y con la finalidad exclusiva de obtener un legítimo objetivo”, (recomendación 41), e igualmente indica que “la privación de libertad debe limitarse tanto como sea posible y aplicarse con respeto a la dignidad de la persona, y a la vulnerabilidad y necesidades de cada detenido”, (recomendación 54).

En cuanto al concepto de detención, la STC 98/1996 de 10 de junio, expone que debe considerarse como detención cualquier situación fáctica, es decir, no pueden existir estados intermedios entre la libertad y la detención. De modo que no puede privarse a un sujeto de libertad ante una situación de hecho, sin encontrarse está protegida bajo los derechos que otorga la Constitución⁷.

A la vista de lo tratado hasta este momento, cabe tener presente que entre los mecanismos que el ordenamiento establece para limitar el derecho fundamental a la libertad se encuentran las Medidas Cautelares y, con algunas precisiones que se estudiarán posteriormente, la detención es uno de los mecanismos arbitrados por el ordenamiento que cabe ser incluido entre las mencionadas Medidas Cautelares.

BARONA VILAR hace referencia a que la detención, “es una medida cautelar personal que consiste en una privación breve de libertad, con el fin de poner el sujeto detenido a disposición de la autoridad judicial, quien deberá resolver, atendidas las condiciones legales, acerca de su situación personal, bien manteniendo la privación de libertad por tiempo mayor (prisión provisional), bien adoptando una medida cautelar menos gravosa (libertad provisional con algunas de las obligaciones que configuran el régimen limitativo de la libertad) o bien restableciendo el derecho de libertad en su estado natural, ante la ausencia de presupuestos que condicionen una tutela cautelar personal penal”⁸.

La detención, como medida cautelar personal que es, “se adoptará como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo, antes incluso de haberse incoado un

⁷STC 98/1996, de 10 de junio.

⁸BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, 10ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 447.

proceso penal, y consiste en la privación de la libertad ambulatoria de una persona por un corto periodo de tiempo”⁹.

Otra característica importante de la detención como indica DEL RÍO LABARTHE, “es aquella privación de libertad, de carácter provisionalísimo”, adoptada por los particulares, la Policía Judicial, el Ministerio Fiscal o la Autoridad Judicial con fines múltiples y variados, tales como la puesta del detenido a disposición judicial y la realización de las investigaciones más urgentes”¹⁰.

Siguiendo a DEL RÍO LABARTHE, de la detención se pueden extraer diversas notas que caracterizan este concepto: a) que se trata de una medida cautelar penal que ha de establecerse en el marco de un proceso ya iniciado o como una medida preordenada que ha de iniciarse precisamente desde su fundamento, es decir, que no existan otras medidas de detención que se acuerden fuera del proceso penal y que estas sean legítimas; b) que no es una medida estrictamente jurisdiccional dada su provisionalidad y extensión de funciones que puede desempeñar, incluso la evitación de la comisión del delito según señala el art. 490.1º; c) que, en todo caso, la detención ha de ser respetuosa con los derechos fundamentales que la Constitución proclama respecto a la condición a la persona detenida; d) la privación de libertad, por cuanto, ha de practicarse siempre en la forma que menos perjudique a la persona detenida¹¹.

Del mismo modo, en cuanto al concepto específico de la detención policial, objetivo fundamental de este estudio, GIMENO SENDRA señala que se caracteriza como el compromiso que tienen los funcionarios de la Policía Judicial y restantes autoridades manifiestamente habilitadas para privar de libertad a la persona investigada, sobre la cual, cabe la posibilidad de evitar su incomparecencia ante la autoridad judicial en el transcurso del tiempo indispensable para confeccionar las diligencias de reconocimiento e interrogatorio, dentro del plazo de la ley vigente, dejándolo en libertad o a disposición de la autoridad judicial¹².

Esta privación de libertad, debe ir acompañada de unas extensas y rotundas formalidades jurídicas, cuya ausencia daría lugar al delito de detención ilegal (art.167

⁹MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMINGUEZ, V., *Derecho Procesal penal*, 7ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 263.

¹⁰DEL RÍO LABARTHE, G., “Medidas cautelares personales (II)”, en *Derecho Procesal Penal*, ASENCIO MELLADO (Dir.) y FUENTES SORIANO (Coord.), 2ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2020, p. 303.

¹¹DEL RÍO LABARTHE, G., “Medidas cautelares (...)”, op. cit., p. 303-304.

¹²GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal. El proceso penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1987, p. 356.

CP), al de impedimento del ejercicio de asistencia letrada (art.537 CP), o al impedimento del ejercicio de los derechos cívicos (art.542 CP) que hay que reparar.

Asimismo, me gustaría incidir que, según se pronuncia en la STC 174/1999 de 27 de septiembre, los aspectos fundamentales que en los que hay que reparar para proceder a una detención ilícita de un individuo, serán tanto la identidad de los presuntos sospechosos, la gravedad del supuesto hecho delictivo y el fundamento de las sospechas de su participación en el mismo.

En conclusión, en ningún momento se podrá proceder a la detención de una persona por meras sospechas relacionadas en un acto delictivo. En la privación de libertad, habrá que salvaguardar sus derechos fundamentales en todo momento, y el funcionario policial como operador jurídico que es, deberá disponer del conocimiento necesario y requerido para determinar plenamente la identificación de una persona ante un hecho ilícito, su participación y valorar si los hechos en cuestión habilitan al Agente para la privación de libertad de una persona.

Así, las detenciones realizadas por los agentes de la autoridad, se realizarán respetando cada uno de los principios recogidos en la LOFFCCSS¹³ y también en la CE, tipificadas en su art.104.1. Estos principios básicos de actuación policial que vienen recogidos en el artículo 5 de la LOFFCCSS, son los siguientes:

1.- Adecuación al Ordenamiento Jurídico:

Los funcionarios policiales no sólo deben respetar la legalidad vigente, sino que su propia actuación será regulada y controlada por las propias normas jurídicas que le son aplicables:

A: Ejercer su función con absoluto respeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

El respeto a la legalidad no puede ser simplemente formal, sino que la actuación policial debe estar inspirada por los principios que orientan esa legalidad y que se hallan principalmente en la Constitución.

Así, el art. 9.1 de la Constitución española fija que los ciudadanos y poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico. El art. 103.1 de la CE establece que la administración pública sirve con objetividad los intereses

¹³ LO 2/1986 de 13 de marzo, de Fuerzas Y Cuerpos de Seguridad. Título I. De los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad. Capítulo II. Principios básicos de actuación.

generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho. El ordenamiento jurídico debe ser considerado como el conjunto de leyes del Estado, así como de los órganos del mismo, y cuyos valores superiores son la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (art.1 CE).

B: Actuar, en el cumplimiento de sus funciones, con absoluta neutralidad política e imparcialidad y, en consecuencia, sin discriminación alguna por razón de raza, religión u opinión.

El principio de neutralidad debe ser interpretado con relación al cumplimiento de su función al servicio de los ciudadanos. En este sentido, el art. 14 de la CE establece que todos los ciudadanos son iguales ante la Ley y proscribire cualquier discriminación basada en todo tipo de circunstancias personales. Esto se traduce en que la policía debe tratar a todos los ciudadanos por igual, sin permitir que, por ejemplo, su raza u opiniones políticas influya en el cumplimiento de las funciones que tiene encomendadas.

C: Actuar con integridad y dignidad. En particular, deberán abstenerse de todo acto de corrupción y oponerse a él resueltamente.

Por lo que respecta al principio de integridad, este pone en conocimiento la necesidad de evitar todo tipo de conductas corruptas, es decir desviadas de la función que le es propia. Una conducta íntegra y digna excluye radicalmente la corrupción en toda la extensión del término. No se puede ser íntegro y digno y a la vez ser corrupto. Íntegro se refiere a aquello a lo que no le falta ninguna de sus partes. El término integridad es una acumulación de todas las virtudes que debe reunir un verdadero profesional, implica así el respeto todas las normas establecidas, además implica ser leal, disciplinado, veraz y justo, como virtudes profesionales y personales más importantes.

Por su parte, el principio de dignidad en relación con el anterior, se preserva cuando se cumple las funciones propias de la actividad profesional y, por tanto, se logra el valor que tiene al servicio del bien común. Pero la propia forma de cumplir esa función fortalece la propia dignidad de la función social. La persona digna es la que posee un comportamiento serio y mesurado.

La corrupción significa la acción por la cual una cosa se estropea, deja de ser lo que era o cesa de servir para lo que valía. Un policía corrupto deja de tener sentido para la sociedad y pierde el respeto ante sí mismo. La corrupción policial perjudica gravemente

a la sociedad llegando a afirmar que “una policía corrompida es signo infalible de que la criminalidad, como gangrena, pudre toda la sociedad”¹⁴.

Este tipo de comportamientos, y en los supuestos más graves de violación y vulneración, se encuentran recogidos en el CP¹⁵, donde se castigan delitos tales como¹⁶:

- Prevaricación¹⁷: aquella conducta en la que la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria.

- Cohecho¹⁸: solicitar o recibir, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito.

- Tráfico de influencias¹⁹: influir en otro funcionario o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero.

- Malversación²⁰: delito cometido por la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones.

- Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y los abusos en el ejercicio de su función²¹.

D: Sujetarse en su actuación profesional, a los principios de jerarquía y subordinación. En ningún caso, la obediencia debida podrá amparar órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito o sean contrarios a la Constitución o a las Leyes.

En cuanto a la jerarquía es una ordenación escalonada en la que los órganos superiores pueden dirigir y fiscalizar la conducta de los inferiores, resolver los conflictos de los inferiores y conseguir la unidad de acción. La jerarquía se estructura en una cadena de mandos que para su buen funcionamiento exige que ningún escalón sea saltado. El

¹⁴SERVERA MUNTANER, J. L., “Necesidad de una deontología profesional para la policía”. *Ética Policial*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, p. 170.

¹⁵ LO 10/1995, de 23 de noviembre del CP.

¹⁶YUSTE BARRANQUERO, A., “Principios básicos de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”. *Cuadernos de seguridad y policía. Aspectos legales de la seguridad*. Dykinson. Madrid, 2006, p. 44.

¹⁷ Arts. 404 y ss. CP.

¹⁸ Arts. 419 y ss. CP.

¹⁹ Arts. 428 y ss. CP.

²⁰ Arts. 432 y ss. CP.

²¹ Arts. 439 y ss. CP.

mando da “órdenes” y el subordinado “partes”. La jerarquía implica deber de obediencia y ciertamente quien actúa cumpliendo órdenes está exento de responsabilidad.

El incumplimiento a atender o negarse a dar cumplimiento a resoluciones judiciales vendrá tipificado en los art. 410 del CP, el art. 411 del mismo, en caso de desobediencia de las órdenes practicadas por sus superiores o en el art. 27.3 de la LOFFCCSS como falta muy grave en caso de insubordinación individual o colectiva respecto a las autoridades o mandos de que dependan o desobediencia a las órdenes dictadas por los mismos.

E: Colaborar con la Administración de Justicia y auxiliarla en los términos establecidos en la Ley.

En este apartado, es significativo citar el art. 118 de la CE “es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto”, así como el art. 17 de la LOPJ²² “todas personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar, en la forma que la ley establezca, la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto, con las excepciones que establezcan la Constitución y las leyes, y sin perjuicio del resarcimiento de los gastos y del abono de las remuneraciones debidas que procedan conforme a la ley”.

El Principio de colaboración con la Administración de Justicia, los jueces y tribunales, así como el Ministerio Fiscal necesitan el auxilio de las FFCCSS para acometer sus funciones. Cuando la policía actúa bajo sus órdenes se desempeña como “policía judicial”. La CE establece en art. 126 que “la Policía Judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y del descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la Ley establezca”. Puede decirse que la policía representa los “ojos” y “brazos” de la Justicia.

Por lo que, podríamos decir, que las Unidades de Policía Judicial disponen de una estrecha relación entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y el Poder Judicial.

2.- Relaciones con la comunidad, singularmente.

La LOFFCCSS en su preámbulo hace referencia a las relaciones con la comunidad a la que sirve el funcionario de policial que, “por encima de cualquier otra finalidad, la ley pretende ser el inicio de una nueva etapa en la que destaque la consideración de la

²² LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

policía como un servicio público dirigido a la protección de la comunidad mediante la defensa del orden democrático”.

La Policía es un servicio público que tiene una misión fundamental en toda sociedad democrática²³. Por tanto, en las relaciones de las FFCCSS con la comunidad, hay que delimitar la actuación del funcionario policial constituyendo una serie de pautas de actuación que excluyan tratos incorrectos hacia todos los ciudadanos.

Por esta razón, en el ejercicio de la actuación profesional se evitará cualquier práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria que entrañe violencia física o moral, (en todo momento de deberá de mostrar un trato correcto y adecuado con los ciudadanos), El diálogo cortés y los buenos modales predisponen positivamente y favorecen la comunicación. La práctica de una serie de formas externas, como el saludo correcto, el lenguaje adecuado a las circunstancias y la compostura en las relaciones públicas, establece el orden que debe existir en la vida social ²⁴.

Se trata, por tanto, de proporcionar por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad un trato correcto y adecuado a las personas y a sus derechos, a las que tendrán el deber de aportar toda información sobre sus intervenciones, tan extensas como las circunstancias lo hagan posible y lo aconsejen.

3.- Trato de detenidos, especialmente.

La detención, como ya hemos visto, es una medida precautelar de carácter personal por la que se limita a una persona, provisionalmente, de su derecho a la libertad, con el fin de ponerla a disposición del Juez que instruye el sumario.

En el momento de efectuar la detención los agentes policiales deberán identificarse debidamente como miembros de las FFCCSS, según lo dispuesto en el apartado 45 del Código Europeo de Ética de la Policía, velarán por la vida e integridad física de las personas a quienes detuvieren o que se encuentran bajo su custodia y respetaran el honor y dignidad de las personas con absoluto respeto al art. 15 de la CE.

Estos, darán cumplimiento y observarán con la debida celeridad los trámites, plazos y requisitos exigidos por el Ordenamiento Jurídico cuando se proceda a la privación de libertad de una persona.

Cabe tener presente además la Instrucción 12/2007 de la Secretaria de Estado de Seguridad sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos

²³ Art. 104 de la CE.

²⁴ SERVERA MUNTANER, J. L., op. cit., p. 182.

de Seguridad del Estado, con el fin de garantizar los derechos de las personas detenidas o bajo custodia policial, tratándose como un protocolo de actuación de obligado cumplimiento.

4.- Dedicación profesional.

La dedicación profesional no significa que los funcionarios policiales se encuentren de servicio permanente, sino que deben intervenir siempre que lo exija el ejercicio de su función²⁵. El estar de servicio permanente, el Tribunal Supremo lo ha entendido únicamente con relación a las misiones genéricas y a las específicas de cada cuerpo²⁶.

Así, los agentes policiales deberán en todo momento a cabo sus funciones con total dedicación en defensa de la Ley y la seguridad ciudadana. Este principio deontológico exige a los funcionarios policiales una adecuada formación específica para el mejor desempeño de su actividad profesional.

Asimismo, cabe tener presente la implicación de las FFCCSS en defensa de la ley y la seguridad, proporcionando un servicio permanente al servicio de la comunidad.

5.- Secreto Profesional.

El deber al secreto profesional hace mención a que se deberá guardar riguroso secreto respecto a todas las informaciones que conozcan por razón o con ocasión del desempeño de sus funciones. Este principio deontológico es de la máxima importancia, debido, por una parte, a que las FFCCSS pueden disponer de conocimiento de datos personales que pueden afectar a derechos fundamentales como el honor, intimidad y propia imagen. Por otra parte, cabe la existencia que la falta de relación personal con los afectados disipe la necesidad de guardar el debido secreto de las actuaciones. De este modo, la discreción como virtud personal cobra una importancia máxima en el ejercicio profesional de la labor policial, quedando expuesto a sanciones disciplinarias por razón de la violación del secreto profesional.

Por ello, el Código penal tipifica los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio²⁷, así como los delitos de infidelidad en la custodia de documentos y la violación de secretos cometidos por funcionarios²⁸.

²⁵ALONSO PÉREZ, F., (Coord.), "Principios básicos de actuación" *Manual del Policía*. 2ª Edición. La Ley-Actualidad, S.A. Madrid, 2004, p. 44.

²⁶ STS 832/1981 de 11 de junio.

²⁷ Arts. 197 a 201 CP.

²⁸ Arts. 413 a 417 CP.

6.- Responsabilidad.

El Código Europeo de Ética de la Policía, establece en el apartado 16, que el personal de Policía, a todos los niveles de la jerarquía, debe ser personalmente responsable de sus actos, de sus omisiones o de las órdenes dadas a sus subordinados. También la Resolución 690 relativa a la Declaración sobre la Policía, determina que todo funcionario de Policía es personalmente responsable de sus actos y de los actos u omisiones que haya ordenado y que sean ilegales.

Por lo tanto, en el ejercicio de sus funciones, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pueden incurrir en tres tipos de responsabilidad: disciplinaria, civil y penal, en función de las circunstancias que concurran en cada caso concreto, sin olvidar la responsabilidad subsidiaria de la Administración en los casos en que proceda su aplicación²⁹.

Son responsables personal y directamente por los actos que en su actuación profesional llevaren acabo infringiendo o vulnerando las leyes establecidas. Se debe actuar siempre con la mayor prudencia con respecto a las normas jurídicas y en los medios utilizados en cada actuación policial. Así, la responsabilidad viene a resaltar la importancia de una actuación siempre con el mayor discernimiento respecto a la legalidad y oportunidad en los medios utilizados en cada actuación policial.

A modo de conclusión podemos afirmar que estos principios de actuación tienen una triple función. En primer lugar, disponen de un contenido jurídico de obligación inmediata a todos funcionarios policiales, es decir, de unos deberes cuyo cumplimiento puede ser exigido por los tribunales. En segundo lugar, disminuir la discrecionalidad policial, lo que facilita el correcto y adecuado cumplimiento de las funciones policiales. Por último, resulta imprescindible un régimen disciplinario específico policial acorde con su misión, estructura y organización.

²⁹ ALONSO PÉREZ, F., op. cit., p. 45.

2.2 Requisitos generales de la detención.

La regulación que desarrolla el contenido del art. 17 CE, en lo referente a los supuestos en los que procede la detención, sus requisitos y condicionantes, está contenida principalmente en los artículos 490 y 492 de la LECrim., considerándose éstos como supuestos generales.

Para efectuar una relación de aquellos supuestos en los que resulta procedente la detención, serán clasificados en dos bloques: supuestos generales y especiales. De modo que, por una parte, desglosaré y agruparé los distintos casos contenidos en los artículos 490 y 492, por otra parte, me centraré en el resto de supuestos especiales que posteriormente desarrollaré.

La detención puede ser adoptada por los particulares cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias previstas en el art. 490 LECrim:

1. Que se trate de personas fugadas de establecimientos penitenciarios o estando en camino hacia los mismos. (art. 490.3 .4 .5 y .6).
2. Que se hallaren en situación de rebeldía. (art.490.7).

El particular que detuviere a otro justificará, si éste lo exigiere, haber obrado en motivos racionalmente suficientes para creer que el detenido se hallaba comprendido en algunos de los casos del artículo anterior³⁰.

Si el particular llevase a cabo la detención en los presupuestos señalados, deberá justificar tal comportamiento, sin necesidad que le informe de los derechos que le asisten al detenido, por cuanto será el agente de la autoridad al que presente el detenido el que deberá leerseles y garantizarlos.

Existen determinados delitos donde se exige a todos los ciudadanos un especial deber:

- a) El que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual.
- b) Quién, pudiendo hacerlo, no acuda a la autoridad o a sus Agentes para que impidan un delito de los provistos en el apartado anterior y de cuya próxima o actual comisión tenga noticia³¹.
- c) Que los presuntos delincuentes sean sorprendidos en delito flagrante, según lo dispuesto en el art. 490.1 .2.

³⁰ Art. 491 LECrim.

³¹ Art. 450 CP.

La redacción actual del art. 795.1.1º LECrim³², define el delito flagrante como:

El que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente in fraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él.

Son varios requisitos los que se tienen que dar, por un lado, la inmediatez temporal, a que se esté cometiendo el delito o que haya sido realizado instantes antes, y por otro lado la inmediatez personal, que el delincuente se halle en el lugar del hecho, en tal relación con los objetos, instrumentos o efectos del delito, que se evidencie su participación en los hechos³³. A ello se unen ciertas notas adjetivas determinadas por la percepción directa, no presuntiva, de aquella situación, y la necesidad de urgente intervención a fin de evitar la consumación o el agotamiento del delito, o simplemente la desaparición de los efectos o vestigios del mismo³⁴.

Estos dos primeros apartados del art. 490, permiten a cualquier persona detener a quien intentare cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo y al delincuente “*in fraganti*”³⁵.

Constituiría un supuesto de flagrancia en sentido estricto, bien de forma inmediata, si ha iniciado su consumación; bien en caso de tentativa, si ha iniciado los actos de ejecución, no la mera intención interna del sujeto y ni siquiera la manifestación de sus intenciones, sino que sería requerida la exteriorización mediante comportamientos necesarios para la iniciación de la ejecución del hecho delictivo.

Por tanto, a modo de aclaración, se trataría de un delito flagrante cuando se estuviera cometiendo y los autores del mismo fueren sorprendidos en acción del hecho delictivo. También podemos añadir que se trataría de un delito flagrante aquel que se terminara de cometer y sus autores fueren sorprendidos a la salida o en el transcurso de la fuga del lugar de los hechos y, por último, aquel hecho delictivo ya consumado, cuyos autores

³² Tras la reforma de 24 de diciembre de 2002 (Ley 38/2002 y LO 8/2002).

³³ STC 37/1995 de 27 de septiembre.

³⁴ STC 61/1990 de 29 de marzo.

³⁵ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho procesal Penal. Materiales para el estudio*, p. 176.

fueren objeto de persecución inmediata, continua y directa, es decir, estuvieran plenamente identificados en todo momento por los funcionarios policiales sin ser perdidos de vista durante la persecución.

Por otro lado, en la detención efectuada por la Policía Judicial o Ministerio Fiscal cabe disponer la posibilidad de la detención en los casos que enumera el art. 492 LECrim. El art. 492 establece la obligación por parte de la Policía de detener conforme a la Constitución, en el sentido de considerar que la misma detención es solo una facultad excepcional. Se prevé en las siguientes circunstancias:

1. Los mismos casos en que pueden detener los particulares (art. 492.1), en los que se detallan los supuestos en los que los particulares están facultados para proceder a la detención de otro.

2. A cualquier presunto sospechoso de la comisión de un delito, cualquiera que sea su gravedad, siempre que exista un concreto peligro de fuga y solo por razón de este motivo cautelar, lo que significa que la detención no se justifica ante la presencia de otro tipo de fines que pudiera eventualmente cumplir una medida cautelar (art. 492.2 .3 y 4). En este último apartado, si existe previa imputación, bien por tratarse de un rebelde o bien por ser una persona fugada, será condición justificada para proceder a su detención. Si se está en presencia de un delito flagrante, del mismo modo será suficiente la flagrancia para justificar la detención, pudiéndose dar los siguientes casos:

a) Aquel delito detectado por las fuerzas policiales, aunque el presunto sospechoso o sospechosos no estén al alcance directo de los agentes; aun sin estar procesado, pero la autoridad dispone de sospechas de la existencia de un hecho delictivo.

b) Al que estuviere en el caso del número anterior, aunque todavía no se halle procesado, con tal que concurran las dos circunstancias siguientes:

- Que la Autoridad o agente tengan motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito.

- Que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él.

En el apartado 3º, se entiende por procesado según el derecho procesal penal y regulado en la LECrim³⁶, aquel contra se ha dictado auto de procesamiento ordinario, siendo estos los que tienen pena superior a nueve años.

³⁶Art. 384 y art.787 LECrim.

En el resto de casos, ha de darse una serie de aspectos como sospechas concretas y determinadas de que una persona ha podido cometer un hecho delictivo siempre y cuando, pueda existir riesgo de peligro de fuga o elusión por parte de la justicia³⁷. Estos supuestos, en los que la detención se atribuye como condición optativa para los particulares, es de obligatorio cumplimiento para la Autoridad o Agentes de la misma, ampliándose esta obligación a otros casos de carácter procesal:

- Cuando se trate de procesados con pena superior a prisión (art. 492.2).

- Para los procesados por aquellos hechos delictivos que tengan asignada una pena inferior cuando las circunstancias del hecho o los antecedentes del sujeto hicieran presumir que no comparecerá cuando sea llamado por la Autoridad judicial, salvo que preste fianza bastante (art. 492.3).

- Aquel que sin estar procesado concurren las circunstancias de motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que revista los caracteres de delito y que también lo sean para creer que la persona a quien intenta detener tuvo participación en él (492.4).

En este sentido, tanto los particulares como los Agentes policiales, pueden plantearse serias dudas respecto a muchas situaciones en las que les resulta distinguir si el supuesto del hecho puede encajar con los presupuestos de la norma. Esto puede generar inseguridad jurídica para el ciudadano, pero también para los funcionarios policiales o agentes del orden³⁸, por lo que resulta importante conocer los casos en que realmente la detención esté habilitada o sea de obligado cumplimiento, exigiendo adoptar las mayores precauciones posibles a la hora de practicarla.

En el art. 495 LECrim. se hace referencia a la controversia sobre el concepto de la “fianza bastante” como elemento necesario para la detención por simples faltas³⁹. En este caso, debería reunirse además el requisito a no disponer de domicilio conocido; su calificación quedaría atribuida a la Autoridad o Agente de la misma que intentare practicar la detención, por lo que sólo sería tenida en consideración con la circunstancia de carecer de domicilio.

³⁷DEL RÍO LABARTHE, G., “Medidas cautelares (...)”, op. cit., p. 306.

³⁸RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Libertad, Detención y Prisión provisional (reflexiones críticas de la deficiente videncia real y efectiva del art. 17 de la Constitución”, XII Jornadas de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado), *Los derechos y libertades públicas* (I), Vol. I, Madrid, 1992, p. 410.

³⁹Con la modificación del CP en 2015 desaparece el Título III, pasando las faltas a estar incluidas como delitos leves.

En esta línea, una cuestión de gran valor será la valoración que efectúe el agente policial como delito grave, menos grave o leve sobre los hechos presuntamente ilícitos, ya sean observados directamente o fruto de una investigación previa, siendo necesario que existan indicios racionales suficientes para poder pensar que los hechos en cuestión puedan ser calificados como delito grave o menos grave, aunque finalmente reciban una calificación distinta por parte del Juez.

2.2.1 Sospecha de participación en la comisión del hecho delictivo.

Desde esta perspectiva legal, la práctica genérica de la detención solo podrá efectuarse cuando se trate de hechos delictivos, garantizados por la existencia de motivos racionalmente bastantes, y también sean bastantes para considerar que la persona a quien se intenta detener ha podido tener participación en el mismo (art. 492.4 LECrim).

En este sentido, la ley no exige pruebas para detener, pero sí motivos fehacientes, es decir, suficientes para la creencia que una persona ha cometido un hecho que presenta caracteres de delito. Por tanto, la simple sospecha no constituye razones suficientes para practicar una detención.

En esta línea y en toda actuación, debemos tener presente, en no basarnos en meras sospechas sino en indicios racionalmente suficientes. Por ello, ha de existir una base mínima inicial basada en indicios objetivos y no en simples conjeturas, lo cual habrá que tener presente en su determinación.

A tenor de lo establecido en los arts. 10 y 13.1 y 2 de nuestro CP, hemos de entender por delito las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley castigadas con pena grave o menos grave, recogidas en el libro II.

Como afirma LASCURAÍN, “a estos efectos, el Código distingue entre, por un lado, los autores, los inductores, y los cooperadores necesarios, cuyo marco de pena es el abstractamente previsto para el delito en la Parte Especial y, por otro, los cómplices, a los que, conforme el art. 63 del CP, se les impone la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito”⁴⁰.

⁴⁰ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. (Coord.), *Manual de Introducción al Derecho Penal*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019, p. 220 - 221.

Mi opinión es que, su fundamento racional vendrá dado por la formación y la comprensión del código penal por parte del agente policial. Esa profesionalidad será determinante para saber en qué circunstancia se contempla un hecho como delictivo o no y proceder así a la privación de libertad de una persona cumpliendo con el segundo requisito del apartado 4 referenciado con anterioridad del art. 492 de la LECrim.

Como hemos comentado con anterioridad, con la reforma del CP mediante la LO 1/2015 por la cual se eliminan las faltas, pasando a ser algunas infracciones penales delito leve, y otras infracciones administrativas a la LO 4/2015 de Protección de la Seguridad Ciudadana, habrá que hacer más hincapié en las penas dispuestas en el CP, ya que si todas las infracciones penales son delito no en todas procederá su de detención.

En cuanto a la participación se pueden dar todas las formas: autoría, coautoría y complicidad. La ley no exige pruebas, sino motivos suficientes, basados en la creencia del agente actuante, la cual ha de estar fundamentada en un nexo lógico entre los hechos, la calificación jurídica de los mismos y el modo de participación⁴¹.

2.2.2 Rebeldía.

Se entiende la declaración en rebeldía como una actividad únicamente jurisdiccional que, en cuanto a materia penal requiere de la localización del rebelde, su detención y puesta ante la autoridad judicial debido a la pretensión de sustraerse a la justicia de un sujeto⁴².

En esta misma línea, VÁZQUEZ IRUZUBIETA define la rebeldía como “un estado procesal de las personas que habiendo sido citadas o requeridas para que comparezcan en fecha y hora determinada, ni comparecen ni son habidas pese a las diligencias llevadas a cabo por las autoridades encargadas de su busca para ser presentadas ante el Juez o el Tribunal que las requieren”⁴³. Así que la detención del rebelde precisa de una anterior orden judicial, de igual forma, se trata de una situación jurídica que emana exclusivamente del juez o tribunal que conozca la causa.

⁴¹ ALONSO PÉREZ, F., *Manual del Policía*, 3ª Edición, la Ley, Madrid, 2003, p. 244.

⁴² Art. 490.7 de la LECrim.

⁴³ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentario a la Ley Enjuiciamiento Criminal*, La Ley, Madrid, 2010, p. 787.

Según ASECIO MELLADO, “para ello se habrá de dictar la llamada requisitoria, previa la oportuna declaración de rebeldía, la cual no es otra cosa que una orden judicial emitida a los efectos de localización del investigado ausente,(arts. 834 y ss.)”⁴⁴, que desglosaré a continuación.

En caso de no se presentarse la persona buscada en el plazo señalado en la requisitoria o no fuese habido y presentado a la autoridad judicial que la expidió, se le declarará en rebeldía⁴⁵.

En consonancia con lo argumentado, la LECrim, también en su art. 834 establece que será declarado rebelde el procesado que no comparezca a la requisitoria fijada o que no fuese habido y presentado ante el Juez o Tribunal que conozca de la causa.

Asimismo, el art. 836 de la misma Ley, indica que, tras la emisión de la preceptiva requisitoria, si no fuese hallado y se ignorase su paradero el Juez o Tribunal mandará emitir para su llamamiento y busca⁴⁶.

Siguiendo con la citada Ley, MONTERO AROCA menciona que “transcurrido el plazo fijado por el juez o tribunal, sin que el ausente haya comparecido o sea presentado por la policía, se procederá a la declaración de rebeldía, art. 839, dictándose al efecto el auto correspondiente”⁴⁷.

En este sentido el art. 784.4 de la LECrim, establece que si una vez abierto el juicio oral, se encontrasen los acusados en paradero desconocido y no hubiesen hecho la diligencia contenida en el artículo 775 o que, aun habiéndola realizado, la pena solicitada excediera de dos años de privación de libertad o de seis de otra naturaleza, el Juez competente mandará expedir requisitoria para su llamamiento y busca, declarándolos rebeldes, si no comparecieran o fueran hallados, con los efectos prevenidos en esta Ley.

Asimismo, RIFÁ SOLER señala que “El Juez de Instrucción declarará al acusado en rebeldía cuando éste se halle en ignorado paradero, (art. 784.4 LECrim), y no hubiera designado domicilio en España en el que puedan hacerse las notificaciones o una persona que las reciba en su nombre, (art. 775 de la LECrim). Además, se declarará en rebeldía al acusado, con independencia si hubiere designado domicilio, cuando se solicite

⁴⁴ASECIO MELLADO, J. M.^a, “Las partes en el Proceso Penal (...)”, op. cit., p. 90.

⁴⁵MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMINGUEZ, V “*Derecho Procesal penal (...)*”, op. cit., p. 95.

⁴⁶MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, 10^a Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 86.

⁴⁷MONTERO AROCA, J., “*Derecho Jurisdiccional (...)*”, op. cit., p. 87.

una pena que no exceda de dos años de privación de libertad, o de seis si fuera de distinta naturaleza(art. 786.2 LECrim)”⁴⁸.

En cuanto a la figura de quienes pueden llevar a cabo la detención por este hecho, GASCÓN INCHAUSTI afirma que “ La Autoridad y los agentes de Policía Judicial tienen el deber de detener al investigado o encausado que se encontrare en rebeldía por delito castigado con pena superior a tres años de privación de libertad o al investigado o encausado por delito castigado con pena inferior, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho delictivo hicieren presumir que no comparecerá al llamamiento de la Autoridad Judicial. En este último caso no se procederá a la detención si el procesado presta en el acto fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerlo, para presumir racionalmente que comparecerá cuando le llame el Juez o tribunal competente”⁴⁹.

Por lo tanto, ante una incomparecencia no justificada, cabe la declaración de rebeldía, bien cuando el procesado no haya comunicado un domicilio en España para recibir las notificaciones o designado persona que lo haga en su nombre, pero también en aquellos casos cuando la pena solicitada exceda de los límites anteriormente indicados y por lo tanto dándose orden la busca y captura de los ausentes.

Ante todo, lo descrito podemos significar que la rebeldía es una cualidad jurídica que adquirirá el procesado, que en el término fijado en la requisitoria no comparezca o no fuese hallado y presentado, por cuanto hace referencia a la imposibilidad de su localización o, aun habiéndolo hecho, a la imposibilidad de presentarlo ante la autoridad judicial.

2.2.3 Fuga.

El art. 490 de la LECrim faculta la detención por particulares, en sus apartados 3, 4, 5 y 6, así como la detención efectuada por la Policía Judicial o Ministerio Fiscal como obligación de la Policía de detener conforme a la Constitución según lo dispuesto en el artículo 492 de la LECrim, apartados 2, 3 y 4.

⁴⁸ RIFÁ SOLER, J. M.^a, RICHARD GONZÁLEZ, M., RIAÑO BRUN, I., *Derecho procesal penal*, Fondo de publicaciones del Gobierno de Navarra, Pamplona, <https://www.navarra.es/NR/rdonlyres/913EC53B-45CB-471D-9142-9B186D079240/305602/PL13.pdf>, 2006, p. 447.

⁴⁹GASCÓN INCHAUSTI, F., “*Derecho Procesal Penal (...)*”, op. cit., p. 176.

La razón de su motivación viene recogida en la necesidad de evitar o restituir la fuga o quebrantamiento de condena o custodia. A tal fin, el artículo 835.2 y 836 de la citada Ley, considera reo ausente a aquel que se hubiese fugado del establecimiento en que se hallase cumpliendo condena, debiendo el Juez ordenar expedir requisitoria para su llamamiento y busca. El art. 490 LECrim faculta a los particulares a practicar la detención en estos preceptos.

En las respectivas disposiciones referenciadas quedan indicadas los supuestos, cuya naturaleza puede variar en función del lugar donde se ha producido la fuga, sin embargo, la responsabilidad penal sería la misma, pues constituye el delito penal de quebrantamiento de condena. (arts. 468 a 471 CP).

En concreto el art. 468 establece como hecho punible el quebrantamiento de la condena, requisito necesario previa sentencia firme y tras comienzo de esta. La evitación de este supuesto constituye la principal causa de justificación de la utilización de la prisión provisional.

Dado que la fuga en los preceptos indicados del art. 490 constituye un delito de quebrantamiento de condena, sería motivo por el que facultaría a la detención por particulares y de obligado cumplimiento por los Agentes de la Autoridad.

DEL RÍO LABARTHE en relación con el art. 503 de la LECrim manifiesta que “regula la prevención del riesgo de fuga sin establecer criterios específicos que deban ser valorados judicialmente”⁵⁰.

Siguiendo este planteamiento, el art. 503.1.3 de la LECrim hace referencia y establece la condición de “asegurar la presencia del investigado o encausado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga”. La Ley hace un esfuerzo concretando que “para valorar la existencia de este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado, a la situación familiar, laboral y económica de éste, así como a la inminencia de la celebración del juicio oral, en particular en aquellos supuestos en los que procede incoar el procedimiento para el enjuiciamiento rápido regulado en el título III del libro IV de esta Ley”.

⁵⁰DEL RÍO LABARTHE, G., “Medidas cautelares (...)”, op. cit., p. 318.

Esta objetivación del riesgo alcanza su máximo exponente ante supuestos de requisitorias anteriormente hechas, como se recoge en el art. 503.1.1. a) in fine: “Procederá acordar por esta causa la prisión provisional de la persona investigada cuando, a la vista de los antecedentes que resulten de las actuaciones, hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores”.

En esta situación no se habría de tener en cuenta el límite penológico que se establece al comienzo del mismo artículo. Podemos ver como se consagra una verdadera presunción de concurrencia de peligro de fuga, que parece que deba entenderse como una presunción “*iuris tantum*”.

GASCÓN INCHAUSTI añade en este sentido que “para valorar la existencia de este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al investigado o encausado, a la situación familiar, laboral y económica de este, así como a la inminencia de la celebración del juicio oral, en particular en aquellos supuestos en los que el asunto ha de tramitarse por los cauces del procedimiento para el enjuiciamiento rápido”⁵¹.

Con carácter extraordinario, cabe presumir la existencia de riesgo de fuga cuando el sujeto no hubiere comparecido en los dos años inmediatamente anteriores, sin motivo justificado, al llamamiento en calidad de investigado por cualquier Juzgado o Tribunal de cualquier causa penal de delito, o hubiere sido declarado rebelde en un procedimiento penal. En estos supuestos no será aplicable el límite que respecto de la pena se establece de manera general para que sea procedente la prisión provisional⁵².

El riesgo de fuga del investigado, por tanto, es uno de los motivos que autorizan la privación de libertad, que impediría la celebración del juicio oral y el cumplimiento en su caso de la sentencia que se dictara⁵³.

⁵¹GASCÓN INCHAUSTI, F., “*Derecho procesal Penal (...)*”, op cit., p. 184.

⁵²GASCÓN INCHAUSTI, F., “*Derecho procesal Penal (...)*”, op cit., p. 184.

⁵³ASENCIO MELLADO, J. M.^a, “*Medidas cautelares (...)*”, op. cit., p. 301.

2.2.4 Plazos de la detención.

Como bien se ha expuesto a lo largo de este trabajo, partimos de la idea que la detención es una medida cautelar de carácter provisionalísimo y que sus fines responden a esta naturaleza, debiendo practicarse de la forma que menos perjudique al detenido⁵⁴.

Cabe disponer que la persona privada de libertad goza de determinadas garantías, que vienen amparadas como se ha referido por la Ley y la CE (arts. 520 LECrim y art. 17 CE) y por la reforma LO 13/2015, de 5 de octubre, de la LECrim, sostenida por la normativa de la Unión Europea⁵⁵.

Así, el texto constitucional recoge en el art. 17.3 CE el derecho que “toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar”. Se garantiza “la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca”.

Por su parte, el art. 520.1 LECrim añade en la reforma de 2015 que se deberán adoptar las medidas necesarias para asegurar el respeto de los derechos al honor, intimidad e imagen en el momento de practicar la detención, así como en traslados ulteriores.

A continuación, analizaremos el plazo máximo de la detención como una garantía para la persona privada de libertad.

Como en toda privación de libertad, ha de ser por un tiempo determinado y limitado. Según el art. 496 de la LECrim, el particular, autoridad de policía o judicial que haya procedido a la detención de una persona, deberá proceder a su puesta en libertad o a disposición judicial en el plazo establecido por este art. de 24 horas.

Por otro lado, el art. 17.2 de la Constitución, ha dejado sin efecto o modificado el texto del art. 496 LECrim, disponiendo que “en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”. Este

⁵⁴ASENCIO MELLADO, J. M^a., “Medidas cautelares (...)”, op. cit., p. 306.

⁵⁵LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

plazo de 72 horas, “es plenamente adecuado a los fines que constitucionalmente se asignan a la detención (investigación policial)”⁵⁶.

La finalidad del precepto constitucional es que la” detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento del hecho”, añadiendo que, “en todo caso”, la obligación de que la persona detenida sea puesta a disposición de un juez en el plazo máximo de 72 horas⁵⁷.

En esta línea, el TC ha declarado que la detención no puede durar más del tiempo estrictamente necesario para realizar las averiguaciones para esclarecer los hechos. La detención, por tanto, sólo debe durar el tiempo estrictamente necesario e indispensable para realizar el fin al que sirve la privación cautelar de libertad. Por ello, cuando el plazo máximo de 72 horas pueda reducirse deberá hacerse, ya que, en caso contrario, se produciría una vulneración de los derechos fundamentales⁵⁸.

Así, la STS 1377/02, de 18 de julio, señala: “El art. 17.2 CE en contradicción con el art. 496 LECrim, establece un plazo de detención en sede policial máximo de setenta y horas, frente a las veinticuatro horas que se señala en la LECrim. En todo caso es preferente el mandato constitucional que debe recordarse que es un plazo máximo, por tanto, excepcional y no ordinario, y por tanto sólo justificado por la existencia de gestiones policiales”.

Según el razonamiento expuesto, a mi entender, el plazo máximo de 24 horas tipificado en el art. 496 LECrim debe considerarse vigente para la detención realizada por particulares, pues estos no están legitimados para practicar diligencia alguna con la persona detenida. Sin embargo, a la vista de la norma constitucional que autoriza la detención hasta un máximo de 72 horas, y de lo previsto en el art. 520 LECrim para la detención policial y en el art. 497 LECrim para la judicial, refiriéndose ambos al mismo plazo de 72 horas, es preciso concluir que estas dos últimas clases de detención pueden prolongarse válidamente hasta ese tiempo.

Finalmente cabe disponer que, en casos de terrorismo, según lo dispuesto en el art. 520.1 bis LECrim, la detención podrá prolongarse el tiempo necesario para los fines

⁵⁶ ASENSIO MELLADO, M.^a, “Medidas cautelares (...)”, op. cit., p. 307.

⁵⁷ STS 635/2003, de 30 de abril; SSTC 199/1987, de 16 de diciembre; 107/1985, de 7 de octubre.

⁵⁸ SSTC 11/1985, de 30 de enero; 31/1996 de 27 de febrero; 181/2020, de 14 de diciembre.

investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el Juez en las veinticuatro horas siguientes. Tanto la autorización cuanto la denegación de la prórroga se adoptará en resolución motivada.

En mi opinión, el plazo máximo de detención que deberá aplicarse será el “mínimo indispensable” y “estrictamente necesario” para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y como máximo de 72 horas en base al precepto constitucional para que la persona privada de libertad sea puesta a disposición del juez. La redacción ofrecida por el art. 496 LECrim, que no olvidemos data de 1882, como se ha referido, entra en conflicto con la prevista en el artículo 520.1 LECrim, precepto que ofrece una redacción posterior a la entrada en vigor de la CE y que confirma la literalidad del art. 17.2 que sitúa el plazo máximo en 72 horas.

Este plazo máximo, por tanto, salvo mejor parecer, es suficiente para el esclarecimiento de los hechos y puesta a disposición de la persona detenida en sede judicial, a excepción de la prórroga justificada en materia de terrorismo, por cuanto la investigación policial resultaría acorde dentro de los límites máximos de referencia.

Seguidamente, serán analizados brevemente aquellos requisitos de privación de libertad en aquellos supuestos especiales de detención dada su excepcionalidad.

2.3 Requisitos de la detención en supuestos especiales.

Aunque la detención es toda privación de libertad ocasionada en función de un procedimiento penal, existen privaciones de libertad que no corresponden a ese fundamento y que lleva a la distinción entre detenciones especiales o atípicas y ordinarias o típicas.

Las primeras no se regulan en la LECrim, ni participan con plenitud de la naturaleza de medidas cautelares. Asimismo, también nos encontramos otras normas de rango jurídico para los supuestos especiales en los que existen requisitos o prerrogativas para llevar a cabo la detención, bien en razón de la persona, del cargo que ocupa, de la tarea que desempeña, así como de determinadas situaciones personales o por preservación de la seguridad colectiva. A continuación, haré mención a los siguientes supuestos especiales.

2.3.1 Extranjeros.

La CE establece, en su art. 13.3 que “la extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad”.

Procede su detención a efectos de retorno y expulsión y a efectos de extradición. Cuando se trata de extradición pasiva, los cuerpos policiales se limitarán a la práctica de la detención y a la puesta a disposición judicial, sin que sean necesarias más diligencias que la simple declaración o reconocimiento de la identidad del detenido, de ahí que el legislador haya fijado un plazo máximo de la detención muy inferior al previsto con carácter general en el art. 17.2 de la CE y en la LECrim.

Así la Ley 4/1985 de 21 de marzo sobre Extradición Pasiva, dispone en sus arts. 8.2 y 11 que el plazo máximo que los funcionarios de policía deben de poner al detenido, extraditable, a disposición del Juzgado competente es de veinticuatro horas⁵⁹.

2.3.2 Estados de excepción y sitio.

Nuestra Carta Magna, en sus arts. 55.1 y 116 respectivamente, recoge la posibilidad de suspender los derechos reconocidos en su art. 17 en aquellos casos en que se declare el estado de Excepción o de Sitio , remitiéndose en cuanto a su regulación a la LO 4/1891 de 1 de junio sobre estados de alarma, excepción o de sitio⁶⁰ en virtud de la cual, la autoridad gubernativa podrá detener a cualquier persona si lo considera necesario, siempre que, al menos, existan fundadas sospechas de que dicha persona vaya a provechar alteraciones del orden público.

La detención, en tales casos, no podrá exceder de diez días y los detenidos disfrutaran de los derechos que les reconoce el art. 17.3 de la CE, salvo para el caso del Estado de sitio.

2.3.3 Militares en actividad.

La Ley orgánica procesal militar, en adelante LPM, al referirse a las medidas cautelares, trata sobre lo relativo a la detención en los arts. 200 a 214, se tratará conforme dispone el ordenamiento común, en especial si se trata de un delito flagrante.

⁵⁹Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva, de 26 de marzo de 1985.

⁶⁰Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, de 5 de junio de 1981.

No obstante, se ejecutará a través de sus mandos si estuviera a su alcance inmediato, o si se retrasara, con perjuicio grave, la efectividad de la medida.

Por tanto, quien practicara la detención sin acudir a los jefes del militar detenido, dará cuenta inmediata a estos de la detención, sin perjuicio del derecho y deber del militar de comunicar inmediatamente con sus superiores que le confiere el art. 17.3 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas.

En estos supuestos, siempre que el militar estuviere prestando servicio de armas u otro cometido especialmente militar, deberá ser detenido por sus mandos superiores, o dar conocimiento inmediato a los mismos.

2.3.4 Personas menores de edad.

El proceso en el ámbito penal de responsabilidad para menores es un proceso de carácter especial en el que actúa la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores⁶¹, en adelante LORPM, en referencia a las personas “menores” de edad cuya franja de edad se sitúa en los 14 años y los 18 años.

En esta línea, FUENTES SORIANO, manifiesta que la falta de madurez es un hecho incuestionable de estas personas menores de edad para comprender las consecuencias de los hechos de sus acciones, así como para tomar las decisiones correctas frente a las mismas, por cuanto la exigencia de su responsabilidad criminal hace que se haya buscado por otras vías diferentes a las que se exige como responsabilidad penal a las personas adultas⁶². Esta legislación normativa ha sido objeto de modificación hasta su última disposición de la LO 8/2006, de 4 de diciembre, eliminando entre otras modificaciones, la franja de edad comprendida por los mayores de 18 y menores de 21 años inicialmente contemplada en la LO 5/2000⁶³.

Por su parte, el art. 19 del vigente CP establece que los menores de 18 años no serán responsables criminalmente con arreglo a este código, siendo estos responsables con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad del menor citado.

⁶¹Modificada por las LO 7/2000; 9/2000; 15/2003 y de última modificación por la LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

⁶²FUENTES SORIANO, O., “Medidas cautelares (...)”, op. cit., p. 524.

⁶³Arts. 1, 4 y D.A. 4.ª LRPM.

Dicha exención no exime de la procedencia de la detención, la cual puede ser legítimamente efectuada, pero esta ha de estar revestida de ciertas formalidades contenidas en la mencionada norma y otras disposiciones que se verán a continuación.

La figura de la detención como es sabida, está prevista en el art. 17 CE. Asimismo en el caso de los menores, el art. 37 del Convenio sobre los Derechos del Niño⁶⁴ establece que la detención debe efectuarse como último recurso, y comunicada a su representante legal, con la máxima diligencia para evitar que la misma se alargue de forma excesiva según el art. 13 de las Reglas de Beijing⁶⁵.

En el caso de menores infractores presuntamente responsables de la comisión de hechos delictivos, su detención será ordenada por el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial, pero también podrá practicarse de oficio, debiéndose valorar en este último caso la gravedad del delito cometido, la flagrancia del hecho, la alarma social derivada del hecho, el riesgo del menor de eludir la acción de la justicia, la habitualidad o reincidencia, así como la edad y circunstancias del menor, especialmente en el tramo de 16 a 18 años.

En esta línea, el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores, en su art. 2.2 establece que su actuación se atenderá a las órdenes del Ministerio Fiscal y se sujetará a los establecido en la LORPM y la LECrim.: “salvo la detención, toda diligencia practicada por los miembros de la policía judicial que sea restrictiva de derechos fundamentales será interesada al Ministerio Fiscal para que, por su conducto, se realice la oportuna solicitud al Juez de Menores competente”⁶⁶.

Tal y como exige este precepto, toda la actuación instructora del Ministerio Fiscal se realizará en un marco educativo a la vez que sancionador para el menor, examinando la adecuación de las medidas a las circunstancias del hecho delictivo y de su autor y, sobre todo, lo referido al interés del menor.

En cuanto a la forma de llevar a cabo la detención del menor, como se ha indicado anteriormente, se procederá siguiendo los Textos Internacionales⁶⁷, que deberá efectuarse

⁶⁴Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989.

⁶⁵Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores. Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

⁶⁶Art. 2.2 Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores.

⁶⁷Principio 10 de las Reglas de Beijing, Recomendación R (87)20 sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil de 17 de septiembre de 1987, art. 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y Recomendación Rec (2003)20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa en su punto III.15.

de modo que menos perjudique al menor, utilizando siempre un lenguaje comprensible de este. De tal forma, el art. 3 LORPM establece que una vez detenido el menor mientras se encuentre bajo la guarda de los funcionarios policiales, será aconsejable que no vistan uniformados para no estigmatizarlo y conducido a un lugar de custodia separado de el de adultos. El mismo precepto impone la obligación de que mientras dure la detención se le ofrecerán unas condiciones de intimidad, sanidad, vestimenta y alimentos adecuados.

Por su parte, en su art. 17.1 LORPM, establece que: “La autoridad o funcionario que intervengan en la detención de un menor deberán practicarla en la forma que menos perjudique a éste y están obligados a informarle, en un lenguaje claro y comprensible y de forma inmediata, de los hechos que se imputan, de las razones de su detención y de los derechos que le asisten”. Además, deberán notificar inmediatamente el hecho de la detención y el lugar de la custodia a los representantes legales del menor y al Ministerio Fiscal⁶⁸. Los agentes de policía que actúen deberán evitar toda espectacularidad, el empleo del lenguaje duro, la violencia física y la exhibición de armas.

En este sentido, cabe disponer lo establecido en la Directiva europea 2016/800⁶⁹ que, contiene una serie de preceptos de gran interés para la defensa de las garantías de los menores. Así, establece que los menores se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad cuando se hallan privados de libertad y que, por este motivo, deben realizarse esfuerzos especiales para evitar la privación de libertad; particularmente, la detención de los menores en cualquiera de las fases del proceso antes de la decisión definitiva de un órgano jurisdiccional que determine si el menor en cuestión ha cometido la infracción penal, dados los posibles riesgos para su desarrollo físico, mental y social, y porque la privación de libertad podría dificultar su reinserción social.

No obstante estas indicaciones contenidas en la Directiva, la mayoría de las mismas o en su totalidad se encuentran ya recogidas en nuestro ordenamiento (art. 17 LORPM y arts. 2 y 3 Reglamento LORPM).

En el caso de que el menor detenido fuera extranjero, el hecho de la detención se notificará a las correspondientes autoridades consulares cuando el menor tuviera

⁶⁸ Art. 6 LORPM. Corresponde al Ministerio Fiscal la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes, así como la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento, para lo cual dirigirá personalmente la investigación de los hechos y ordenará que la policía judicial practique las actuaciones necesarias para la comprobación de aquéllos y de la participación del menor en los mismos, impulsando el procedimiento

⁶⁹Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales.

residencia habitual fuera de España o cuando así lo solicite el propio menor o sus representantes legales.

En referencia a los plazos de privación de libertad, la detención deberá durar el tiempo estrictamente necesario, el plazo máximo será de veinticuatro horas, dentro de las cuales el detenido menor de edad deberá ser puesto en libertad o a disposición del Ministerio Fiscal, en este último caso, resolviendo sobre la situación del menor detenido en un plazo de cuarenta y ocho horas a partir de su detención⁷⁰.

Si bien, el art. 17.2 CE, visto en el epígrafe correspondiente, señala que el plazo máximo de detención es de 72 horas. Por esta razón también ha sido objeto de controversia entre el plazo indicado para los menores de edad o el tipificado en el precepto constitucional. El legislador, en esta ocasión, al tratarse de una Ley especial, en mi opinión, ha considerado que entre las diligencias policiales y las actuaciones del Ministerio Público no pueden superar las 48 horas a partir de la detención del menor, tal como dispone el art. 17.4 LORPM, prevaleciendo este plazo máximo específico al de 72 horas.

Asimismo, cuando el motivo de la detención fuera la investigación de uno de los delitos de terrorismo, cabrá la posibilidad de decretar la incomunicación y prórroga de la detención a lo dispuesto en la LECrim, previo conocimiento del Fiscal de Menores de la Audiencia Nacional⁷¹. Ahora en el caso que el delito cometido sea alguno de los comprendidos en los art. 571 a 580 CP, el Juez Central de Menores será el órgano competente para conocer de los mismos tras la modificación del art. 2 LORPM por la LO 8/2006, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Cabe tener presente que mientras dure esta medida cautelar, los menores estarán custodiados en dependencias adecuadas y separadas de las de los mayores de edad, y recibirán los cuidados, protección, asistencia social y psicológica que necesiten, por motivo de su edad, sexo y características individuales⁷².

En cuanto a la posible detención ilegal, el apartado 6 del art. 17 de la LORPM, regula expresamente la posibilidad que asiste a un menor detenido para utilizar el procedimiento

⁷⁰ Art. 17.4 LORPM.

⁷¹ Capítulo VII del Título XII del Libro II CP; Art. 2.4 LORPM de modificación por la LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

⁷² Art. 17.3 LORPM.

de “*habeas corpus*”, siendo Juez competente para la resolución del mismo, el Juez de Instrucción del lugar donde se encontrase el menor, si no constase, el del lugar donde se produjo la detención. Al tratarse de un menor de edad se notificará inmediatamente al Ministerio Fiscal esta circunstancia. Cabe disponer que se amplía la legitimación para instar el procedimiento de “*habeas corpus*” al propio menor detenido.

Ante tal situación, al art.3 de la LO 6/1984⁷³, no reconoce expresamente a los menores de edad a instar este procedimiento, sino que en relación a estos y a los incapaces, la legitimación se reconoce a sus representantes legales. La tramitación de la solicitud deberá seguir el mismo procedimiento que para un adulto.

Por último, cabe recordar que, en el caso de menores de 14 años, estarán totalmente exentos de responsabilidad penal, cualquiera que sea la infracción penal que cometieran. En relación a la intervención mínima con estos menores, comprendidos en esta franja máxima de edad y con independencia de las posibles actuaciones de carácter ilícito llevadas a cabo por estos, serán meramente tratadas desde el ámbito civil, asistencial y con finalidad estrictamente reeducativa⁷⁴. Dicha intervención vendrá marcada según lo dispuesto en el art. 3 LORPM sobre el régimen de menores de catorce años⁷⁵. En esta línea, en referencia a la intervención policial sobre estas personas menores de edad, infractores o no, será siempre de carácter protector administrativo.

Así, en los casos de infracción penal por parte de estos, la actuación policial se ceñirá con ellos, estrictamente, a minimizar los efectos de su acción y a su protección específica, con atención a las siguientes indicaciones y medidas⁷⁶ :

- a) Aplicación de las normas correspondientes de protección de menores, tanto generales como específicas de cada Comunidad Autónoma.
- b) Participación al Ministerio Fiscal de los hechos y circunstancias conocidas, con confección y remisión del correspondiente informe policial.

⁷³ Ley Orgánica reguladora del Procedimiento de Habeas Corpus, 6/1984, de 24 de mayo.

⁷⁴FUENTES SORIANO, O., “Medidas cautelares (...)”, op. cit., p. 524.

⁷⁵Cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes. El Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación, y dicha entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.

⁷⁶Instrucción 12/2007, de la Secretaria de Estado de Seguridad sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado para garantizar los derechos de las personas detenidas o bajo custodia policial.

c) Cumplimiento de las instrucciones u órdenes impartidas por el Ministerio Fiscal, en especial las relativas a la determinación de la edad e identidad del menor.

d) Entrega del menor a sus padres, tutores o guardadores, o entidad pública de protección de menores.

En mi opinión, si bien, la reforma prevista en la LO 15/2003, de 25 de noviembre, produjo un cambio significativo en el endurecimiento de determinados delitos violentos respecto a la franja de edad comprendida entre los 16 y 18 años de edad, es de consideración y de evidencia la falta de madurez en estos hechos de carácter delictivo efectuados generalmente durante esta minoría de edad, bien por carecer de arraigo y estructura familiar o bien debidos a una carencia en el desarrollo personal por motivo de esta temprana edad. Por otro lado, podemos encontrar numerosos casos en los que esta aparente “falta de madurez” no se observa ni se transmite en la actuación de estos hechos delictivos cometidos por estos menores. Ejemplo de estos casos, pudieran ser aquellos tan sangrantes que se dan a diario tales como atentar contra la vida de una persona o perpetrar atrocidades con consentimiento de la causa, actuaciones en bandas juveniles enfrentadas con otras bandas o en delitos de odio, hechos ilícitos perpetrados de carácter sexual o contra el patrimonio.

En estos casos excepcionales, considero que, aunque la finalidad evidente de la LORPM es de carácter reeducativo debida a esta “inmadurez establecida”, y se han adoptado determinadas medidas de endurecimiento para tales delitos tras la reforma normativa, sí deberían ser estudiados y vistos como personas adultas atendiendo a las circunstancias específicas de los hechos y sin la excusa de su minoría de edad. El criterio biológico en el que se basa nuestro ordenamiento, no se atiende o corresponde en numerosas ocasiones a mi parecer, al grado de madurez y comprensión de la conducta realizada por estas personas menores de edad.

2.3.5 Personas con discapacidad.

Esta actuación debe de estar regulada por Ley Orgánica⁷⁷, que declara inconstitucionales algunos aspectos del Código Civil, entre ellos, el art. 211, y algunos párrafos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁷⁷ STC 132/2010, de 2 de diciembre de 2010.

Para la privación de libertad de una persona en aplicación del art. 763 de LEC, sostiene que “Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico” requiere la previa autorización judicial, salvo que razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de la medida, en cuyo caso el responsable del centro de internamiento deberá dar cuenta al Juez en el plazo de veinticuatro horas para que sea ratificada, en su caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas.

En este caso, la actuación policial se limitará a dar apoyo a los especialistas técnico-sanitarios que requieran su presencia, cuando el estado del paciente haga previsible un riesgo para sí mismo o sus bienes, o la persona o los bienes de los demás, o existe una negativa violenta del paciente para ser valorado o trasladado, o peligro inminente para el mismo o terceras personas.

En los casos que no sea requerido por un médico, los agentes policiales trasladarán a la persona con posible trastorno psíquico al centro de salud más cercano para una valoración facultativa, quien será responsable de determinar su internamiento, para solicitar posteriormente la orden judicial antes de las veinticuatro horas. En resumen, la actuación propia policial, de colaboración con los médicos en casos de urgencia o riesgo para terceras personas, si el Agente Actuante identifica a una persona con un posible trastorno psíquico que requiera su ingreso urgente, dará traslado al mismo para su valoración del facultativo, y proseguir con el Protocolo establecido.

De tratarse de enajenados presuntamente responsables de la comisión de algún delito, los Agentes policiales deberán proceder a su detención cuando sea un delito flagrante, según el art. 492.1 en relación con el art. 490.1 y 2 de la LECrim, y cuando existan fundados motivos para la creencia de participación en un hecho que reviste caracteres de delito según determina el art. 490.4 de la ley reseñada que da obligación de detener en estos casos por lo que debemos proceder conforme a la ley.

2.3.6 Delitos de terrorismo.

La detención de personas que han cometido delitos de terrorismo se lleva a cabo igual que la detención de otra persona que ha cometido cualquier otro delito, la diferencia se encuentra en los derechos, los cuales se ven más limitados, así como en el plazo de la detención, el cual se puede ver prorrogado.

El art. 520 bis de la LECrim regula la detención practicada a personas o relacionadas con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes⁷⁸.

Por tanto, podrá prorrogarse hasta un total de cinco días si el desarrollo de las investigaciones lo requieren. Tal prórroga no es en ningún caso automática, sino que está sujeta a dos requisitos esenciales:

a) Los funcionarios policiales deberán solicitarla mediante comunicación motivada al Juez competente durante las primeras cuarenta y ocho horas de la detención.

b) El Juez admitirá o denegará la prórroga solicitada mediante resolución motivada dictada en las veinticuatro horas siguientes a la solicitud.

En cuanto a los derechos, éstos son los del art. 520 de la LECrim pero se ven limitados en cuanto la detención sea incomunicada, tal y como veremos más adelante, según el art. 527 de la referida ley⁷⁹.

1. En todo caso, su abogado será designado de oficio.

2. No tendrá derecho a la comunicación prevista en el apartado e) del número 2 del art. 520.

3. Tampoco tendrá derecho a la entrevista con su abogado prevista en el apartado d) del número 6 del art. 520.

4. No podrá acceder él o su abogado a las actuaciones salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención, previsto en el art. 520 apartado d), derechos que estudiaremos más adelante en el epígrafe reseñado.

2.3.7 Aforados.

La facultad de detener atribuida a los particulares y el deber impuesto a las autoridades judiciales y fiscales y, sobre todo, a la policía judicial, encuentran en ocasiones ciertas limitaciones y especialidades impuestas legalmente. Veremos supuestos

⁷⁸Art. 520.1.2 LECrim.

⁷⁹LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim, de 5 de octubre y en vigor desde el 1 de noviembre de 2015.

de inmunidades y aforamientos. La detención, fuera de los casos previstos, puede dar lugar a un delito de detención ilegal.

Las inmunidades y aforamientos con respecto a la práctica de la detención se encuentran en normas de derecho Internacional o del Derecho interno de los estados, encontrándose entre otros, los siguientes:

- El Rey de España. Figura inviolable, y no sujeta a responsabilidad. El art. 56.3 de la CE señala que no procede su detención ni en caso de flagrante delito.

- Presidente y miembros del Gobierno. Su responsabilidad es exigida por el TS o Congreso de los Diputados. En las Comunidades Autónomas no existe coincidencia en los respectivos Estatutos, aunque con generalidad declaran la posibilidad de detención únicamente en caso de flagrante delito, según señala el art. 102 de la CE, Estatutos de Autonomía y LOPJ.

- Defensor del Pueblo. Goza de inviolabilidad por las opiniones que formule a actos que realice en el ejercicio de sus competencias, extendiéndose a sus Adjuntos. Solo pueden ser detenidos en caso de flagrante delito o por orden de la Sala II del TS según refleja el art. 6 de la L.O. 3/1981 de 6 de abril.

- Jefes de Estado extranjeros, Jefes de Gobierno y representantes diplomáticos. Los primeros gozarían de inmunidad absoluta. Los representantes diplomáticos no pueden ser objeto de ninguna detención, son inviolables, alcanza aquí a los miembros de la familia, al personal administrativo, siempre que no sean naciones y solo flagrante delito.

- Parlamentarios. Diputados y Senadores de las Cortes Generales solo flagrante delito. Miembros de distintos parlamentos de las CCAA, solo flagrante delito en su respectivo territorio de autonomía. Gozan de inmunidad absoluta respecto de los delitos de opinión, según señala el art. 71.2 de la CE, Reglamentos del Congreso y Senado, así como los estatutos de las CCAA.

2.3.8 Delito leve.

El art. 495 de la LECrim señala que no se podrá detener por simples faltas a no ser que el presunto reo no tuviese domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la Autoridad que intente detenerle.

A partir del 1 de julio de 2015, el concepto de las hasta entonces consideradas “faltas” pasaron a ser delitos leves⁸⁰ y conforme a la regulación establecida al respecto, la sospecha de comisión de un delito leve y según establece el art. 495 de la LECrim. “No se podrá detener por simples delitos leves, a no ser que el presunto reo no tuviese domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la Autoridad o Agente que intente detenerle”. Por tanto, en una situación normal no se procederá su detención, solo se identificará e informará de los hechos o de las medidas a adoptar con la persona en cuestión salvo en las circunstancias anteriormente descritas.

De este modo, la figura policial como operador jurídico, debe ajustarse en todo momento a derecho y responder a las normas jurídicas, por cuanto, participa de forma directa y activa en el proceso de determinación sustantiva del derecho.

Un tema muy importante al tratarse de un delito leve, sería la motivación y justificación al respecto y dejar constancia que se dan ambos requisitos. Por una parte, si no tuviese domicilio conocido, nunca se hubiere actuado con esa persona ni identificado y asimismo no portara ningún documento que acreditara su identidad cabría su detención, siempre que no cumplierse con el segundo requisito.

Por otro lado, este segundo requisito consistiría en no mostrar fianza bastante de personación cuando fuera requerido por la autoridad judicial. Podríamos entender que procedería este supuesto, cuando el reo tuviera numerosos antecedentes, así como alguna orden de averiguación de domicilio.

Como hemos mencionado, todo tiene que estar motivado del porqué hemos realizado la detención en base por un delito leve, procediendo a reflejar bien en las diligencias todos los hechos, y que se den en su conjunto los dos requisitos del art. 495 de la LECrim, los cuales, han motivado su privación de libertad.

La actuación policial de no cumplirse los dos requisitos, será la de limitarse a tomar nota de los datos de identidad y domicilio del presunto autor del delito leve, advertirle de la obligación de comparecer ante la Autoridad Judicial cuando sea requerido para ello, e instruir las correspondientes diligencias o atestado para su remisión al Juez competente.

⁸⁰LO 1/2015, de 30 de marzo, por lo que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del CP y LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim.

Una problemática que nos encontramos con un delito que tiene pena de multa de 3 meses a 6 meses, ¿será delito leve o menos grave?, o pena de multa de 1 mes a 5 meses, ¿qué tipo de delito será menos grave o leve?

Bien, pues según la circular de la Fiscalía General del Estado 1/2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma operada por la LO 1/2015 argumenta que “La herramienta hermenéutica básica para discernir los delitos leves de los menos graves la suministra el art. 13, en sus apartados 3 y 4. Menciona el apartado 3 que “son delitos las infracciones que la ley castiga con pena leve” y el 4, en su segundo inciso, que “cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en toda Fiscalía general del Estado como leve”⁸¹.

Según la circular de referencia, cuando haya un delito con multa que pueda ser leve o menos grave al abarcar ambos casos, como los ejemplos expuestos, de multa de 1 a 6 meses, será aplicable la menos grave, el delito leve por tanto siempre.

3. Clases de la detención.

Las clases de la detención se pueden ordenar en razón del sujeto que las practica y respecto a su forma de cumplimiento. En primer lugar, cabe distinguir que la privación de libertad puede ser llevada a cabo por particulares, Policía Judicial, así como aquella ordenada por el Juez de Instrucción⁸². En segundo lugar, en razón a su forma de cumplimiento; puede ser ordinaria y comunicada, (art. 520 LECrim), o incomunicada, según lo dispuesto en el art. 527 LECrim.

Cada una de estas clases de detención, según la persona que la practique, persigue unos fines distintos y su duración también difiere. Como punto de partida y mera introducción de las diferentes clases, la primera que analizaremos será la detención efectuada por particulares. Tal y como se expondrá más adelante, esta modalidad de detención, conlleva poner a la persona privada de libertad a disposición de las autoridades competentes para legitimar cualquier actuación o diligencia, éstos deberán, inmediatamente, poner al detenido a disposición de la autoridad policial o judicial.

⁸¹Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2015, de 19 de junio, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015.

⁸²DEL RÍO LABARTHE, G., “Medidas cautelares (...)”, op. cit., p. 304.

Por otro lado, la detención policial, tal como se ha explicado en el epígrafe correspondiente, cabe recordar que tiene como fin, de acuerdo con la norma constitucional (art. 17.2 CE)⁸³, realizar las averiguaciones necesarias para el esclarecimiento de los hechos constitutivos de delito, y en todo caso, un plazo máximo de 72 horas. Este plazo legal es un límite temporal máximo para tal detención policial. Es decir, se trata de un plazo excepcional, que solamente procede cuando sea estrictamente necesario. Cabe disponer como se ha señalado, que existen supuestos específicos como son los de los delitos cometidos por personas integradas o relacionadas con bandas armadas o individuos pertenecientes a bandas terroristas en que se autoriza una ampliación de 48 horas sobre las 72 horas reseñadas. En este requisito, deberá solicitarse la prórroga mediante comunicación motivada según el art. 520 bis.1 LECrim.

En cuanto al tercer tipo, la detención ordenada por la autoridad judicial, quién la practique, no podrá realizar con el detenido otra actuación distinta a la de encaminarla en presencia del juez⁸⁴.

A continuación, se analizarán los tipos de detención atendiendo al sujeto que las practica.

3.1 En función del sujeto que las practica.

Como se ha comentado en la breve introducción sobre los tipos de la detención, es posible clasificar o distinguir tres tipos de privación de libertad atendiendo al sujeto que las practica. La LECrim establece la detención que se realiza por los particulares (art. 490 a 491 LECrim), la que se lleva a cabo por la autoridad o Policía Judicial (art. 492 LECrim) y por último aquella ordenada por la autoridad judicial (art. 494 LECrim).

Cada una de estas clases de detención, según el sujeto que las practique, persigue unas finalidades distintas. La primera que analizaremos será la detención efectuada por particulares, de carácter potestativo⁸⁵ y que se desarrollará posteriormente, la cual, sólo puede encaminarse a poner al detenido a disposición de las autoridades. La segunda, la detención policial, prevista en el art. 17.2 CE, como se ha indicado con anterioridad, dispone como fin, de acuerdo con la norma constitucional, realizar las averiguaciones

⁸³Art. 17.2 CE. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

⁸⁴ MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMINGUEZ, V “*Derecho Procesal penal (...)*”, op. cit., p. 264.

⁸⁵ “Que puede hacerse o dejar de hacerse”.

tendientes al esclarecimiento de los hechos delictivos. La tercera y última, la detención ordenada por la autoridad judicial, que tiene como destino final la entrega de la persona detenida o puesta a disposición de la autoridad judicial. En este caso, es el Juez quien la ordena o la confirma y responde a estrictas finalidades de la instrucción judicial⁸⁶.

Como en toda detención, en estos supuestos de privación de libertad han de ser por un tiempo determinado y limitado tal como se indicó en el epígrafe correspondiente sobre los plazos de la detención, entendiendo como preceptivos los límites legales del art. 17.2 CE y los arts. 497 y 520.1 LECrim, con la excepcionalidad en el límite temporal fijado para la detención por parte de los particulares.

A tenor de lo expuesto, seguidamente se analizarán con diligencia y profundidad los tipos específicos de detención atendiendo al sujeto que lo efectúa y el momento en el que interviene.

3.1.1 Detención por particulares.

Tal y como se acaba de apuntar, de los tres tipos de detención existentes el primero al que se va a dedicar una especial atención es al que otorga la facultad de detención por los particulares. Según se ha manifestado anteriormente, es cierto que los particulares pueden llevar a cabo una detención, pero dado que ello afecta, directamente, al derecho a la libertad deambulatoria del ciudadano sobre la que recae, sólo será legítima cuando se practique en alguna de las situaciones legalmente previstas.

La detención efectuada por particulares, se define según BARONA VILAR como “la facultad que asiste a cualquier persona para privar de libertad a otra”, es decir, todo ciudadano español tiene esta capacidad para detener, con el fin de poner posteriormente a disposición policial al detenido o al juez más próximo. Esta clase de detención, se encuentra relacionada con el deber de colaboración que todos tienen con la Administración de Justicia y con el de comunicar a la autoridad judicial la comisión de hechos delictivos, según lo dispuesto en el art. 259 LECrim. Esta modalidad de privación de libertad viene recogida en los artículos 490 y 491 LECrim⁸⁷, y tiene por finalidad

⁸⁶ MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMINGUEZ, V “*Derecho Procesal penal (...)*”, op. cit., p. 266.

⁸⁷Art. 490 LECrim: “Cualquier persona puede detener: 1. Al que intentare cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo. 2. Al delincuente, in fraganti. 3. Al que se fugare del establecimiento penal en que se halle extinguiendo condena. 4. Al que se fugare de la cárcel en que estuviere esperando su traslación al establecimiento penal o lugar en que deba cumplir la condena que se le hubiese impuesto por sentencia firme. 5. Al que se fugare al ser conducido al establecimiento o lugar mencionado en el número anterior. 6. Al que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente. 7. Al procesado o

poner a disposición judicial policial al detenido. El art. 496 de la LECrim nombrado con anterioridad, fija el límite máximo de 24 horas, entendiéndose como vigente para la detención realizada por particulares, pues éstos no están legitimados para practicar diligencia alguna con la persona detenida.

Dicho precepto guarda relación con el artículo 163.4 CP que regula el delito de detención ilegal por particular, el cual, alude a que dicha privación de libertad se ha producido fuera de los casos permitidos por las leyes, para presentarla inmediatamente a la autoridad. En caso de no justificar los motivos, o cuando éstos no existieran, cabría plantear un proceso penal por detención ilegal⁸⁸.

La LECrim sólo legitima la detención por particulares cuando se actúa en relación con un proceso penal o cuando, por razones de flagrancia en la comisión delictiva se supone que a partir de esa actuación del particular se va a abrir un proceso penal. En tal sentido, las causas recogidas por la LECrim en su art. 490 podrían agruparse en torno a las siguientes: a) antes de que se incoe causa penal, como consecuencia de la supuesta situación de flagrancia, (apartados 1 y 2); b) encontrándose pendiente la causa (apartados 6 y 7); c) la detención practicada una vez finalizado el proceso (apartados 3,4,5 y 7).

En relación con la situación de flagrancia, el TC exige la concurrencia de determinados requisitos que son los que legitimaran en tal caso la detención. En la STC 716/2005, de 6 de junio viene determinados sus requisitos, dados por la concurrencia de una serie de elementos necesarios:

1. Inmediatez, es decir, que la acción delictiva se esté desarrollando o se acabe de realizar.
2. Relación directa del delincuente con el objeto, instrumentos o efectos del delito.
3. Percepción directa, no meramente presuntiva, de la situación delictiva.
4. Necesidad urgente de la intervención para evitar la consumación o agotamiento del delito o la desaparición de los efectos del mismo.

condenado que estuviere en rebeldía”. Artículo 491 LECrim: “El particular que detuviere a otro justificará, si éste lo exigiere, haber obrado en virtud de motivos racionalmente suficientes para creer que el detenido se hallaba comprendido en alguno de los casos del artículo anterior”.

⁸⁸ MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMINGUEZ, V “*Derecho Procesal penal (...)*”, op. cit., p. 265.

En esta línea, la STS 5701/2011, de 13 de julio, considera que la flagrancia implica la percepción sensorial, en consecuencia, directa, de que se está cometiendo un hecho delictivo o se acaba de desarrollar y de la relación con él del sujeto a que afecte la medida invasora del derecho fundamental.

Cabe entender que la figura del particular, se refiere a toda aquella persona que no ostente la condición de agente de la Policía Judicial o de autoridad, o aun siéndolo no intervenga en ejercicio de su cargo y ámbito de su competencia. Cualquiera puede practicar esta modalidad de detención. Basta con que fácticamente pueda llegar a efectuarla⁸⁹.

En mi opinión, los particulares podrán⁹⁰ realizar actuaciones que en principio son propias de las FFCCSS, por tanto, en el momento de realizar la detención, éstos deberán tener certeza que se encuentran entre los supuestos del art. 490 LECrim. De tal manera, la privación de libertad realizada deberá efectuarse por el tiempo estrictamente necesario hasta la puesta inmediata a disposición de la autoridad, sin superar el límite referenciado establecido. En el art. 450 CP⁹¹, sí establece la obligatoriedad de intervenir cuando se esté ante la comisión de un delito, actuando de forma inmediata y sin riesgo propio o ajeno o, en su defecto, ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial o sus agentes para impedir un delito sobre las personas, su vida, su integridad, libertad o libertad sexual.

Por tanto, si el particular realizara la detención en cualquier otro supuesto distinto de los anteriores, podría incurrir en la comisión de un delito de detención ilegal del art. 163.4 CP⁹².

⁸⁹DE HOYOS SANCHO, M., *La detención por delito*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 71.

⁹⁰Sobre la detención efectuada por particular, no hay que confundir la posibilidad de actuación, con la obligación de intervenir. Las FFCCSS se encuentran obligadas a tal actuación, no así los ciudadanos particulares, quienes, únicamente podrán en los supuestos en que no se hallen presentes los agentes de la autoridad y cumplan los requisitos del art. 490 LECrim.

⁹¹1. El que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si el delito fuera contra la vida, y la de multa de seis a veinticuatro meses en los demás casos, salvo que al delito no impedido le correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél. 2. En las mismas penas incurrirá quien, pudiendo hacerlo, no acuda a la autoridad o a sus agentes para que impidan un delito de los previstos en el apartado anterior y de cuya próxima o actual comisión tenga noticia.

⁹²El particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes, aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses

3.1.2 Detención por agente de la autoridad.

Antes de analizar como tal esta figura, debemos disponer quiénes integran el concepto de "policía" al tratar la detención policial. En este sentido, la LOFFCCSS, 2/1986, de 13 de marzo, establece que son agentes de la autoridad los miembros del Cuerpo Nacional de Policía, de la Guardia Civil, de las policías autonómicas y de los cuerpos de Policía Local. Sin embargo, si las FFCCSS requieren cooperación, a partir de ese momento, el personal de seguridad privada que esté bajo su mando, órdenes o instrucciones de los agentes policiales, también será reconocido como agente de autoridad⁹³.

Asimismo, el art. 29 de la referida ley, señala que “las funciones de Policía Judicial que se mencionan en el art. 126 de la Constitución serán ejercidas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, a cargo de las unidades que se regulan en el presente capítulo. Para el cumplimiento de dicha función tendrán carácter colaborador de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado el personal de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales”.

A tenor de dicha exposición, los sujetos que pueden practicar la detención policial son los funcionarios de la Policía Judicial y demás autoridades, a quienes el ordenamiento expresamente autoriza a practicar detenciones y a efectuar las diligencias policiales de prevención⁹⁴, cuando realizan sus funciones de Policía Judicial, así como cuando llevan a cabo las diligencias de prevención precisas para la prevención de hechos delictivos. Esta detención preceptiva⁹⁵ debe producirse en los supuestos contemplados en el art. 490 LECrim, mencionados anteriormente y previstos como facultad para el particular, así como en los casos recogidos en el artículo 492 de la LECrim⁹⁶.

⁹³Art. 31 Ley 5/2014, de 4 de abril de Seguridad Privada.

⁹⁴Arts. 29-36, 38.2b) y 53.1.e) de la LO 2/1986 o LFCSE, 7-9 RD 769/1987 y RD 1668/1987 sobre Regulación de la Policía Judicial y Unidades de Intervención Policial.

⁹⁵“De obligado cumplimiento o deber ser obedecido”.

⁹⁶Art.492:“La Autoridad o agente de Policía judicial tendrá obligación de detener:1.A cualquiera que se halle en alguno de los casos del artículo 490. 2. Al que estuviere procesado por delito que tenga señalada en el Código pena superior a la de prisión correccional. 3. Al procesado por delito a que esté señalada pena inferior, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la Autoridad judicial. Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior al procesado que preste en el acto fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerlo, para presumir racionalmente que comparecerá cuando le llame el Juez o Tribunal competente. 4. Al que estuviere en el caso del número anterior, aunque todavía no se hallase procesado, con tal que concurran las dos circunstancias siguientes: 1.ª Que la Autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito.

Por detención policial ha venido entendiendo la LECrim⁹⁷ como la obligación que tienen los funcionarios de la policía judicial para privar de libertad a un investigado, sobre el que pueda presumirse su eventual incomparecencia a la autoridad judicial, durante el tiempo imprescindible para practicar las diligencias de reconocimiento e interrogatorio y dentro del plazo previsto en la ley, poniéndolo en libertad o a disposición de la misma. Asimismo, en el art. 283 LECrim del mismo precepto legal, viene constituido que la Policía judicial auxiliará a los Jueces y Tribunales competentes en materia penal y del Ministerio Fiscal, quedando obligados a seguir las instrucciones que de aquellas autoridades reciban a efectos de la investigación de los delitos y persecución de los delincuentes.

También ha sido definida como una medida cautelar personal consistente en la privación leve de la libertad, limitada temporalmente, con el fin de poner al sujeto detenido a disposición de la autoridad judicial, quien deberá resolver, atendidas las condiciones legales, acerca de su situación personal, bien manteniendo la privación de libertad por tiempo mayor (prisión provisional), bien adoptando una medida cautelar (libertad provisional) o bien restableciendo el derecho a la libertad en su sentido natural ante la ausencia de presupuestos que condicionen una tutela cautelar penal⁹⁸.

A tenor de estas descripciones, puede establecerse que doctrinalmente la detención policial consiste en la “obligación” que tienen los funcionarios de policía de privar de libertad temporal a una persona investigada, durante el tiempo mínimo imprescindible para practicar las diligencias en materia de investigación dentro del plazo previsto en la ley, debiendo ponerlo tras ello en libertad o a disposición judicial.

Esta modalidad de detención, por tanto, como se ha argumentado es obligatoria para los agentes policiales, a diferencia de la detención realizada por los particulares, que es de carácter potestativa, es decir, no obligatoria y sí facultativa con los matices y requisitos descritos. Tal y como se ha visto con anterioridad, la detención por particulares aparece legitimada, siempre con carácter potestativo, en aquellos supuestos en los que impida la inmediata comisión de un delito, al delincuente “*in fraganti*”, al fugado de establecimiento penitenciario o cuando es conducido o se encontraba detenido, así como

2.^aQue los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él”

⁹⁷ Art. 282 LECrim.

⁹⁸ MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, 21ª Ed., Valencia, 2013, p. 482.

a procesados o condenados que se encontrasen en rebeldía. La diferencia fundamental en relación con la detención que en estos supuestos puede practicar la autoridad policial viene determinada en que, para estos últimos, incluso en los casos expresados, la detención reviste, necesariamente, carácter obligatorio. En estos presupuestos, en los que la detención se concluye como optativa para los particulares, como se ha indicado, resulta obligatoria para la autoridad o agentes de la misma.

Para los miembros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, la detención constituye un deber jurídico, en el ejercicio de las funciones que le son propias, y han de cumplirlo en los supuestos que establece el art. 492 LECrim. que comprende todos los casos del art. 490 LECrim. citados anteriormente, más los específicos previstos para la policía.

De la misma forma, se recoge como causas legítimas para los procesados por acto delictivo que tengan asignada pena inferior a la de prisión correccional cuando las circunstancias del hecho o los antecedentes del sujeto hicieran presumir que no comparecerá cuando sea llamado por la autoridad judicial, salvo que preste fianza bastante (492.3), sobre el que sin estar procesado concurren las circunstancias de motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que revista los caracteres de delito y que también lo sean para creer que la persona a quien intenta detener tuvo participación en él (492.4).

Las dudas que pueden surgir a los agentes de la autoridad se dan en torno a los conceptos de “procesado” y “fianza bastante”. Si ambos conceptos van acordes y en unión el supuesto problema se disipa, ya que la condición de procesado se adquiere mediante auto de procesamiento dictado por el juez ante indicios racionales de criminalidad que se desprendan del sumario, siendo por tanto una competencia jurisdiccional. Ahora bien, cuando no lo están, es decir, cuando se trata de una actividad prejudicial motivada por indicios racionales, la apreciación de mostrar “fianza bastante” para no ser privado de libertad resulta un tanto ambigua, ya que sus distintas acepciones pueden llevar a error o diferente criterio de interpretación.

En este sentido, la práctica operativa policial suele estar preordenada por el “*fumus boni iuris*” derivado del art. 492 LECrim, es decir: la autoridad o agente de la policía judicial están obligados a detener, añadiendo en su punto 4: al que estuviere en el caso

del número anterior, aunque todavía no se halle procesado, con tal que concurran las dos circunstancias siguientes:

1ª . Que la Autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito.

2ª. Que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intenta detener tuvo participación en él. De estas situaciones lo que parece desprenderse es que rige únicamente el criterio de apariencia de buen Derecho y no necesariamente el de riesgo de fuga.

Esta afirmación, puede apreciarse en el contenido de los atestados policiales, en los que únicamente se argumenta, para motivar la detención, la existencia de un hecho presuntamente delictivo y la participación en él del detenido, sin mención al “*periculum in mora*”. A este respecto cabe recordar que, si bien la LECrim. permite la detención con el primero de los presupuestos señalados, también existen otras normativas complementarias que regulan esta práctica.

Tal es el caso de la Circular núm. 734, de la Dirección General de la Policía, que señala: “en aquellos supuestos en los que el denunciado tenga acreditada la identidad, domicilio o residencia habitual, carezca de antecedentes policiales y sea acusado de delito o falta de escasa gravedad, la actuación policial se limitará, en lo que se refiere a la situación personal del inculpado, a transmitir al interesado la obligación que tiene de comparecer ante el Juzgado competente cuando para ello sea citado por el mismo, a dejar constancia en las diligencias policiales de dicha advertencia y a remitir lo actuado a la Justicia, sin que, en estos supuestos, sea preciso, por tanto, la entrega material del detenido a la autoridad judicial”.

Ante esta aparente contradicción, queda a criterio de los agentes la interpretación de la gravedad del hecho, predominando en la práctica el contenido del art. 492.4 LECrim., procediendo a la detención a la que éste les obliga sin realizar valoraciones sobre otras circunstancias personales del detenido ni el supuesto riesgo de fuga.

Esta exposición de hechos, permite concluir, lo señalado en la STC 49/1999, de 5 de abril, que establece “la relación entre la persona y el delito investigado se expresa en la sospecha, pero las sospechas que, como las creencias, no son sino meramente anímicas.

Las sospechas precisan, para que puedan entenderse fundadas, hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido.

En primer lugar, dada su accesibilidad a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control. Y, en segundo lugar, “en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona”. En este sentido, la ley no exige pruebas para facultar la detención, sino únicamente “motivos racionalmente bastantes”, es decir, suficientes de que la persona a quien se pretende detener ha cometido un hecho delictivo.

La detención por tanto, practicada por los agentes de las FFCCSS es una medida cautelar que tiene como antecedente la comisión de un delito y la posible responsabilidad o participación en él de una persona, al menos con carácter indiciario⁹⁹.

Siguiendo a MORENO CATENA, los supuestos de detención policial pueden clasificarse, tomando en consideración su justificación, en tres grupos¹⁰⁰: en primer lugar, en el momento de ir a cometer un delito o se le sorprenda “*in fraganti*”(art. 490.1º y 2º LECrim); en segundo lugar, a quien judicialmente o policialmente sea investigado ante un hecho delictivo, y pueda presumirse su incomparecencia ante la autoridad judicial cuando fuera reclamado por ésta (art. 492.2º, 3º y 4º LECrim)¹⁰¹; en tercer lugar, cuando el procesado judicialmente o el condenado se encuentren en rebeldía (art. 490.7º LECrim), o cuando la persona detenida o penada preventivamente (art. 490.6º LECrim), o condenada, se hubieran fugado del establecimiento penal en que se encuentren cumpliendo condena; de la cárcel cuando estuviera a la espera de ser trasladado para cumplir la condena, o durante la conducción al centro penitenciario.(art. 490.3º, 4º y 5º LECrim).

La anterior regulación del art. 492 en relación con los supuestos en los que cabe la detención debe completarse con la previsión del art. 495 LECrim cuando establece la prohibición de detener en los casos de delito leve.

⁹⁹MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMINGUEZ, V “*Derecho Procesal penal (...)*”, op. cit., p. 266.

¹⁰⁰MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMINGUEZ, V “*Derecho Procesal penal (...)*”, op. cit., p. 266.

¹⁰¹SSTC 677/2009 de fecha 16 de junio; 241/2014, de 26 de marzo.

Por otro lado, cabe recordar, el concepto de delito flagrante, en relación con lo expuesto en la STC 716/2005 de 6 de junio, donde queda establecido en el art. 18.2 CE¹⁰² y también en el art. 553 LECrim¹⁰³, aunque su delimitación no resulte correctamente definida. Ha sido la jurisprudencia¹⁰⁴ la que ha definido los límites y requisitos de tal concepto de flagrancia tal como hemos expresado con anterioridad.

Con base en estos requisitos el concepto de delito flagrante queda vinculado con aquellas situaciones fácticas en las que queda excusada la autorización judicial, precisamente, porque la comisión del delito se señala con evidencia y exige de modo inexcusable una inmediata intervención para evitar: la consumación del hecho delictivo que se está cometiendo; el agotamiento del ya cometido; o la fuga o desaparición del delincuente o de los efectos del delito. Así, “no se otorga un apoderamiento a las fuerzas de seguridad para que sustituyan la motivación judicial por la suya propia, sino que se establece una posibilidad de carácter excepcional, en virtud de la concurrencia de unas circunstancias determinadas, que deben valorarse en función del principio de proporcionalidad”¹⁰⁵. En cualquier caso, de las actuaciones efectuadas se dará inmediata cuenta al Juez competente, con indicación de las causas que motivaron la entrada y, en su caso, registro domiciliario y los resultados obtenidos (art. 553.2 LECrim.)¹⁰⁶.

La detención efectuada por los agentes policiales deberá realizarse en el límite temporal establecido por la Ley y según el precepto constitucional puesto a debate en el

¹⁰²El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

¹⁰³Los agentes de policía podrán asimismo proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas cuando haya mandamiento de prisión contra ellas, cuando sean sorprendidas en flagrante delito, cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por los Agentes de la autoridad, se oculte o refugie en alguna casa o, en casos de excepcional o urgente necesidad, cuando se trate de presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo 384 bis, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen, así como al registro que, con ocasión de aquélla, se efectúe en dichos lugares y a la ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallasen y que pudieran guardar relación con el delito perseguido.

¹⁰⁴SSTC 22/2003, Sala Segunda, de 10 de febrero de 2003; 10/2002, de 17 de enero; 341/1993 de 18 de noviembre.

¹⁰⁵RIFÁ SOLER, J. M.^a, RICHARD, GONZÁLEZ, M., RIAÑO BRUN I., “*Derecho procesal penal (...)*”, op. cit., p. 310.

¹⁰⁶STS 1577/2001, de 12 de septiembre. Un supuesto especial de flagrancia se produce en el caso de hallar, en el curso de una diligencia autorizada de entrada y registro, indicios de la comisión de un delito distinto al investigado y que sirvió de fundamento para la autorización judicial. También puede suceder que se produzca una situación de flagrancia doble. Es decir, que la policía entre en un domicilio particular con base en la existencia de una situación de flagrancia y que una vez dentro del mismo adviertan hechos que dan noticia de un delito distinto. En este caso, el hallazgo resulta lícito en tanto que la entrada en el domicilio queda amparada por la previa situación de flagrancia. Aunque, obviamente, resulta esencial que se acredite la realidad de la existencia de una situación de flagrancia en la persecución del delito que motivó la entrada en el domicilio.

epígrafe correspondiente. “No podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento del hecho”, añadiendo que, “en todo caso”, la obligación de que la persona detenida sea puesta a disposición de un juez en el plazo máximo de setenta y dos horas”.

En el caso de que la detención se realizase por motivos distintos de los establecidos en el art. 492 de la LECrim, el agente incurriría en una detención ilegal, cometiendo un delito tipificado en el artículo 167.1 del CP¹⁰⁷. Esta detención por tanto ilegal, sin causa criminal realizada por la autoridad o funcionario se incurriría cuando no preexistiera una previa causa criminal por delito, ni además se iniciará dicha detención debido a una causa criminal, es decir, cuando no concurriese ninguno de los supuestos del art. 489 y ss. LECrim.

Es de considerar y en mi opinión, que cuando la autoridad o funcionario público procediera a la detención de una persona sin mediar o incurrir en ningún tipo delictivo y sin que se procedieran a dar inicio a unas diligencias previas por infracción penal, es de seguridad que el funcionario policial actuaría fuera de la ley y por tanto fuera de sus competencias. Por esta razón, se convertiría penalmente en un particular con la agravación de su condición de funcionario o autoridad y las posibles consecuencias penales de prisión y inhabilitación absoluta.

Asimismo, se prevé que, tras una detención realizada de manera justificada, si esta se prolongara más del plazo permitido o sin respetar las garantías legales, el autor de la detención será castigado con una inhabilitación del empleo público de cuatro a ocho años, según se encuentra tipificado en el art. 530 del CP y en referencia al art. 531 CP¹⁰⁸.

Cabe disponer que existirá dolo si posee un conocimiento real de los elementos integrantes de la conducta ilegal, u pese a ello, actúa.

A tenor de esta vulneración de los plazos y demás garantías constitucionales, la STS 13/2001, de 21 de julio analiza los requisitos necesarios para la existencia del delito del art. nombrado 530 CP:

¹⁰⁷ BARONA VILAR S., op. cit., p. 451.

¹⁰⁸La autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, decretare, practicare o prolongare la incomunicación de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.

- Cuando se trate de un agente policial que sea autoridad o funcionario público, según definición del art. 24 CP¹⁰⁹, en el ejercicio de sus funciones, entendiéndose como un delito catalogado como especial propio.

- Que la actuación de dicho agente se realice en una causa por delito, como nombra el texto legal “mediando” causa penal por delito.

- Que la acción consista en acordar, practicar o prolongar una privación de libertad.

- Que esa conducta se refiera a una persona detenida, presa o sentenciada.

- Que la privación de libertad no cumpla los plazos u otras garantías constitucionales legales.

- Que el agente obre dolosamente, con plena conciencia que la privación de libertad que acuerda practicar o prolongar es ilegal, y en caso d imprudencia grave, será de aplicación el art. 532 CP.

En esta línea, vistos los casos penalmente referenciados en los que se incurriría en una detención ilegal por parte del agente policial, se ha de concretar lo señalado en varias sentencias sobre detenciones ilegales por parte de agentes policiales. En la STS 726/2010, de 22 de julio, se pronuncia en relación con la realización de una detención ilegal por los agentes policiales, tras proceder sin aparente causa justificada y sin guardar las garantías procesales de la persona detenida. Ante estos hechos, los agentes fueron condenados por un delito de detención ilegal y malos tratos.

Por su parte, la STS 7210/1998 de 1 de diciembre, se condena a un policía nacional como autor de un delito de lesiones y un delito de detención ilegal, al proceder a la detención de un menor de edad por efectuar unas pintadas en una pared del Palacio de Deportes de la Comunidad de Madrid. La sentencia pronuncia que no procede la detención del menor de edad por presuntos de daños de carácter leve, al encontrarse identificado plenamente con su documentación, y no reunir los requisitos el art. 495 LECrim para proceder a su detención.

¹⁰⁹1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Tendrán también la consideración de autoridad los funcionarios del Ministerio Fiscal y los Fiscales de la Fiscalía Europea. 2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.

Finalmente, considero que, para no cometer este tipo delictivo, debemos actuar con seguridad respecto a que la detención se ajusta a derecho, que reúne los requisitos del art. 492 LECrim para proceder a la detención y privación de libertad de una persona, que se garantizan todos los derechos del detenido, respetando los plazos de duración de la privación de libertad. La detención policial por tanto sirve a una finalidad cautelar, como un medio de investigación indirecto, en la medida que posibilita la práctica de casos de investigación. De ahí que solo pueda ser mantenida por el tiempo que resulte necesario para practicar las diligencias, en todo caso, dentro del plazo legalmente establecido para poner finalmente al presunto sospechoso en libertad o a disposición judicial.

3.1.3 Detención judicial.

Por último, trataremos otro tipo de detención, ordenada por la autoridad judicial. En este caso corresponde al juez ordenar y responder a las finalidades de la instrucción judicial cuando nos encontramos ante una medida cautelar. Esta detención responde a finalidades diferentes de las anteriores ya que tienen como destino de la persona privada de libertad su entrega o puesta a disposición de la Autoridad Judicial¹¹⁰.

Junto a la detención policial, la judicial también muestra una amplia peculiaridad de posibles supuestos que vienen regulados en la LECrim. Así, ésta puede consistir en decretarse “*ex novo*” por el juez una orden de detención en caso de incomparecencia injustificada del citado según lo tipificado en el art. 487 LECrim, o la orden de detención del testigo que habiendo sido citado anteriormente no haya comparecido injustificadamente (art. 420 LECrim). Por otra parte, la LECrim, en su art. 494 otorga las mismas facultades que a la policía judicial para ordenar la detención en los mismos supuestos previstos para los agentes. Finalmente, el párrafo tercero del art. 684 de la LECrim, regula la denominada policía de estrados, que prevé la facultad del juez de ordenar la detención de quien delinquire en el transcurso de la sesión de juicio oral. Según BARONA VILAR, este tipo de detención viene configurada por tres notas distintas¹¹¹:

a) La detención es ordenada por el juez competente y consiste en la privación de libertad de detenido, una vez que haya comenzado el proceso (art. 497.2 LECrim).

b) Puede ser decretado “*ex novo*” por el órgano jurisdiccional (arts. 487, 494) o bien ser la consecuencia de una detención policial o ser llevada a cabo por particulares.

¹¹⁰ MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMINGUEZ, V “*Derecho Procesal penal (...)*”, op. cit., p. 265.

¹¹¹ BARONA VILAR S., op. cit., p. 452.

c) Esta modalidad de detención exige dos presupuestos:

1. En primer lugar, “*fumus boni iuris*” o considerado como la apariencia de buen Derecho, que comporta la responsabilidad penal del sujeto detenido.
2. En segundo lugar, el “*periculum in mora*” o peligro por la mora procesal, que se procede en el instante que exista riesgo de fuga y el acusado no comparezca a la citación, o riesgo real que produzca situaciones que obstaculicen el proceso”.

El art. 520. 1 LECrim hace referencia a que la detención y la prisión provisional deberán practicarse en la “forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio”. Dicho art. se ha visto reforzado con la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim, para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Concretamente en el preámbulo de la Ley trata este art., indicando que “se adapta de forma rigurosa a la normativa europea”, realizando expresa mención, al derecho del detenido a designar abogado con el que podrá entrevistarse de forma reservada, con antelación a prestar declaración ante la autoridad¹¹².

Otra modificación importante prevista en la anterior Ley es la del art. 509 LECrim, en la que el órgano judicial adopta también de forma excepcional la detención incomunicada del detenido. Este requisito viene motivado por una necesidad urgente, con la finalidad de evitar el peligro para el desarrollo del proceso.

Las autoridades judiciales que adopten esta medida cautelar según lo dispuesto en el art. 497.2 LECrim tendrán la obligación de alargar lo menos posible el tiempo de detención, tal como se ha explicado en el epígrafe correspondiente referido al análisis sobre los plazos de la detención, es decir, un plazo máximo de 72 horas.

En caso de incumplimiento del plazo máximo de esta medida judicial, se procederá a su puesta en libertad, para que con posterioridad se adopte otra medida cautelar, como la prisión provisional.

¹¹²Apartado III del Preámbulo de la citada LO 13/2015.

3.2 En función del régimen de comunicación: comunicada e incomunicada.

En este subepígrafe profundizaremos los tipos de prisión provisional que se presenta en función del régimen de comunicación. Como definición de esta medida cautelar, DEL RIO LABARTHE entiende que “se encuentra dispuesta por una resolución jurisdiccional en un proceso penal, que produce una privación provisional de la libertad del imputado, con el propósito de asegurar su desarrollo y la eventual ejecución de la pena, mediante la evitación de los riesgos de huida y obstaculicen de la actividad probatoria”¹¹³.

En cuanto a los presupuestos que han de concurrir para que se adopte esta medida, estos se encuentran delimitados en el art. 503 LECrim:

a) “*Fumus commisi delicti*.” tipificado en el apartado 1 y 2 respectivamente:

- 1. “Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el investigado o encausado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación. derivados de condena por delito doloso”.

- 2. “Que surjan en la causa suficientes motivos para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión”.

b) “*Periculum libertatis*”¹¹⁴: En 2003 se reformularon los presupuestos de la prisión provisional, introduciéndose en el referido art. 503 los fines legítimos que la justifican, y objeto de pronunciamiento por parte del TC¹¹⁵. De este modo, existen diversos riesgos que pueden justificar la adopción de la medida:

- Riesgo de fuga (503.1. 3º. a), riesgo de ocultación, alteración o destrucción de fuentes de prueba (503.1.3º. b), riesgo de agresión contra bienes jurídicos de la víctima (503.1.3º.c) y riesgo de reiteración, solo si el delito es doloso (503.2).

¹¹³DEL RÍO LABARTHE, G., “Medidas cautelares (...)”, op. cit., p. 313.

¹¹⁴ARANGÜEN, FANEGO, C., “*Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal*”, J.M. Bosch Editor S.A, 1991, Barcelona, p. 47-48.

¹¹⁵SSTC 41/1982, de 2 de julio; 47/2000, de 17 de febrero; 147/2000, de 29 de mayo; 305/2000, de 11 de diciembre; 29/2001, de 29 de enero; 8/2002, de 14 de enero; 98/2002, de 29 de abril; 82/2003, de 5 de mayo; 121/2003, de 16 de junio; 81/2004, de 5 de mayo, entre otras.

La prisión provisional comunicada constituye el régimen general aplicable a todas las personas detenidas, mientras que la detención incomunicada supone la excepción, pues debe ser expresamente decretada por el Juez Instructor. (arts. 521 LECrim y ss.).

Esta modalidad comunicada, representa el modo más habitual de acordar la prisión provisional, y consiste en el internamiento de la persona investigada en un centro penitenciario. Su cumplimiento se rige por los mandatos relativos de la LECrim (arts. 522 a 527) y de la Ley General Penitenciaria, procurando la separación de los presos preventivos de aquellos que estén cumpliendo condena (arts. 521 LECrim y 16 y 8 LGP)¹¹⁶.

Como anteriormente se indicó, en el año 2015, se produjo una reforma general referente a la prisión provisional, y a la modalidad de detención incomunicada en particular. Esta reforma fue regulada por la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim para fortalecer unas garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. La concreción de las causas de incomunicación y la regulación de los plazos se ha tratado “de un modo más respetuoso con los derechos del detenido o preso y técnicamente más acertado que el empleado por la LO 15/2003¹¹⁷, estableciéndose nuevas garantías con la finalidad de evitar potenciales abusos por parte de la autoridad policial”.

En este sentido, el art. 509 LECrim, en cuanto a los requisitos específicos de la prisión provisional incomunicada, hace referencia que el Juez de Instrucción o Tribunal podrá acordar excepcionalmente, mediante resolución motivada, la detención o prisión incomunicada del sujeto, cuando concurra una serie de circunstancias:

a) “urgente necesidad de evadir graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona”.

b) “necesidad urgente de actuación inmediata por parte de los Jueces de Instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal”. Esta modalidad de detención incomunicada deberá solicitarse por los agentes policiales al Juez, el cual, deberá pronunciarse sobre dicha solicitud en resolución motivada, en el plazo de veinticuatro horas.

¹¹⁶ MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMINGUEZ, V “*Derecho Procesal penal (...)*”, op. cit., p. 283.

¹¹⁷MARCHENA GÓMEZ, M., GONZÁLEZ-SERRANO, N., (2015): “*La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*”. Castillo de Luna, 2015, Madrid, p. 129-130.

La persona detenida incomunicada, no podrá recibir ni enviar correspondencia sino a través del conducto judicial, que podrá tener conocimiento de su contenido para proceder a su curso o no de la misma. (art. 511 LECrim).

Asimismo, la persona incomunicada no tendrá derecho a comunicarse con otras personas, no podrá disponer de los derechos establecidos para los detenidos, excepto los derechos del art. 520 LECrim. En todo caso el abogado será siempre de oficio, no podrá entrevistarse reservadamente con él, ni tendrá derecho tampoco a que se ponga en conocimiento de un familiar o persona que desee, el hecho de la privación de libertad y lugar donde se encuentra custodiado, ni a las actuaciones salvo a los elementos esenciales para impugnar la legalidad de la detención. (art. 527.1 LECrim).

El problema fundamental de la prisión incomunicada radica en su duración; el plazo en todo caso habrá de ser breve. Así lo interpreta la ley cuando advierte que la incomunicación sólo podrá durar el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia las diligencias que requieran los peligros que la justificó y no podrá extenderse más allá de cinco días (art. 509.2 LECrim). Sin embargo, se establecen excepciones en relación con las personas detenidas como presuntos integrantes de bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes. (art. 520 bis y 384 bis LECrim). En tales casos se podrá prorrogar la incomunicación por otro plazo no superior de cinco días (art. 509.2)¹¹⁸.

Existen sentencias del TC¹¹⁹ que han marcado una serie de pautas con el fin de validar la constitucionalidad de esta figura incomunicada, contrariamente con la emisión de informes internacionales que mostraban sus dudas respecto su compatibilidad a los derechos humanos. Estos criterios son los siguientes:

- Que la incomunicación se adopte por resolución suficientemente motivada.
- Que la incomunicación se caracterice por ser una medida adecuada para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo.
- Que la misma sea imprescindible para alcanzar dicho fin.
- Que existan indicios que admitan concluir una conexión entre la persona sometida a incomunicación y el delito que se está investigando.

¹¹⁸ MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMINGUEZ, V “*Derecho Procesal penal (...)*”, op. cit., p. 284.

¹¹⁹ SSTC 196/1987, de 11 de diciembre; 127/2000, de 16 de mayo; 7/2004, de 9 de octubre.

- Que la medida sirva realmente para conjurar los riesgos que la justifican.

Cuando se lleve a cabo este tipo de medida de incomunicación a la persona, la adopción deberá estar plenamente justificada y limitada según la gravedad del delito en cuestión en el que haya participado la persona detenida.

Como se ha argumentado, después de la reforma de la LO 13/2015, desde el punto positivo, se ha logrado alcanzar una mejora considerable respecto a su funcionamiento en régimen de incomunicación, logrando como resultado un régimen más respetuoso con los derechos fundamentales. Esta modificación, obtenida tras la disposición normativa europea favorece en este sentido el acercamiento de los sistemas penales de la UE. En mi opinión, considero que estas medidas de régimen de incomunicación a la persona detenida, dada su brevedad, son acordes a los fines descritos y de plena justificación en función de su peculiaridad.

El hecho de que ahora sea el juez quien, valorando las circunstancias del caso, decida qué derechos se limitan supone un gran avance desde el punto de vista de la proporcionalidad, así como una mayor garantía de los mismos derechos de la persona que soporta esta medida.

Respecto a los aspectos negativos, se podría incidir sobre la defensa letrada, lo estipulado en el art. 527.1 LECrim, si bien, dada su idiosincrasia de los diferentes casos de limitación y excepcionalidad considero que son ajustados a derecho en especial atención sobre bandas armadas y terroristas en la prolongación incomunicada sobre el plazo de 5 días. Otro aspecto negativo podría entenderse, la incomunicación durante las primeras veinticuatro horas tras solicitud por parte de los funcionarios policiales al juez, quien dispone de la potestad de decisión motivadamente sobre esta situación particular, dejando una limitación discrecional de derechos fundamentales durante esta restricción temporal de horas establecida

4. Diligencias relacionadas con la detención: El atestado policial.

Partiendo de una definición etimológica del término atestado hemos de acudir al vocablo empleado en latín “*attestatus*”, que significa testimonio, es decir, relación legítima de los hechos¹²⁰. El atestado policial “es un documento público que, si bien tiene un valor

¹²⁰<http://www.editorialmeta.es/libros/policia-local-andalucia/policia-local-de-andalucia-paginas-de-prueba-volumen-III-2020.pdf>, 2020, p. 93.

probatorio equivalente al de denuncia, dispone de determinados datos objetivos que pueden tener un valor de prueba preconstituida”¹²¹ como veremos a continuación. Desde una perspectiva normativa puede entenderse por atestado el vehículo instrumental de translación de las diligencias de prevención y de las diligencias de carácter autónomo llevadas a cabo por la policía a la autoridad judicial, en el que, además puede añadir consideraciones, manifestaciones e impresiones de carácter subjetivo (art. 292 LECrim y RD 769/1987, de 19 de junio)¹²². En la práctica, el atestado policial es uno de los instrumentos más habituales para iniciar el comienzo del proceso penal. Asimismo, se utiliza el atestado policial para dar constancia de las actuaciones llevadas a cabo por policía judicial a petición del Juez de Instrucción o del Ministerio Fiscal¹²³.

A tenor del concepto relativo al atestado, resultará indispensable hacer referencia y detenernos en la figura de la policía judicial y sus respectivas funciones con el fin de hacer comprensible esta en toda su extensión. La regulación de esta figura, viene determinada concretamente en el Título III LECrim, Capítulo II, “De las actuaciones de la Policía Judicial”, RD 767/1987 y en la LO 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Como es sabido, el art. 126 de la CE dispone que “la policía judicial depende de los jueces, de los tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la Ley establezca”.

Estos actos de instrucción preprocesal¹²⁴, es decir, las investigaciones previas efectuadas a la apertura del proceso por los funcionarios policiales, estarán encaminadas al esclarecimiento de los hechos con apariencia delictiva ocurridos en su territorio o demarcación¹²⁵. Dichas investigaciones, por supuesto, no sustituyen a la vía judicial, y se llevarán a cabo precisamente para ofrecer al órgano judicial la información objetiva adecuada, ordenada y comprobada, de la comisión de hechos con apariencia de delito¹²⁶.

¹²¹ CUADRADO SALINAS, C., “Medidas cautelares (...)”, op. cit., p. 108.

¹²² Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, sobre la regulación de la Policía Judicial.

¹²³ GASCÓN INCHAUSTI, F., “*Derecho Procesal Penal (...)*”, op. cit., p. 122.

¹²⁴ STS de 29 de mayo de 2012, rec. 11834/2011.

¹²⁵ Estas funciones le vienen atribuidas a la Policía Judicial en los arts. 547 y ss. LOPJ; y en la normativa específica de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, establecida por LO 2/1986, de 13 de marzo, y RD 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial, y LO 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana; así como en los arts. 282 y 769 y ss. LECrim. Con base en esta habilitación legal la policía judicial podrá realizar, por su propia iniciativa, las primeras diligencias de prevención y aseguramiento del delito dando cuenta a la autoridad judicial directamente o a través de las unidades orgánicas de la Policía Judicial (arts. 282, 770 LECrim. y art. 4 RD 769/1987).

¹²⁶ MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMINGUEZ, V “*Derecho Procesal penal (...)*”, op. cit., p. 157.

A tal fin, la policía practicará, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para la comprobación y descubrimiento de los delitos, que se harán constar en el atestado que entregará al Juez junto con los efectos, instrumentos o pruebas del delito¹²⁷.

El atestado constituye un escrito complejo en el que constará la relación circunstanciada del hecho, declaraciones, diligencias practicadas y todas las circunstancias observadas que pudiesen ser prueba o indicio del delito (art. 292 LECrim.). Se extenderá en papel común y su redactor firmará todas las hojas de que conste. El atestado no se halla regido por estrictos requisitos de forma, de modo que la existencia de un defecto o irregularidad no determinará la nulidad de todas las demás actuaciones contenidas en él, ni tampoco la de la prueba posterior practicada en el plenario. También firmarán, en la parte que les afecte, los peritos, testigos y demás intervinientes (art. 293 LECrim.).

En las diligencias que corresponda, se hará constar de la forma más amplia y completa, los datos personales y otros de interés de los denunciados, testigos, víctimas o denunciados. Las diligencias que conformen el atestado han de plasmarse cronológicamente, con expresión previa de su contenido, e indicación de su resultado.

Su confección vendrá determinada por dos Instrucciones específicas sobre las normas de elaboración de los atestados, Instrucciones 9/1991 y 7/1997 de la Dirección de la Seguridad del Estado. Como exposición general, cabe disponer que en la redacción de los atestados e informes policiales se intentará efectuar una detallada y minuciosa descripción efectiva de todos aquellos hechos objetivos que evidencien la realidad, sin que las mismas vayan acompañadas de valoraciones o calificaciones jurídicas, omitiéndose en lo posible las impresiones y apreciaciones subjetivas o de ineficacia esclarecedoras e irrelevantes para el proceso penal.

En el atestado deben estar reflejadas las diligencias practicadas y en relación con la detención estas podrán ser concretamente las que a continuación se detallan: 1. Diligencia de exposición de hechos; 2. Diligencias de detención y lectura de derechos; 3. Diligencia de conocimiento Fiscal (en caso de menores); 4. Diligencia de aviso a letrado; 5. Diligencia de reconocimiento médico; 6. Diligencias de aviso a familiar; 7. Diligencia de aviso a

¹²⁷También actuarán realizando diligencias de prevención en el caso de ciertos delitos que precisan denuncia de partes: los relativos a la libertad sexual, o cuando intervengan menores. Igualmente, en el supuesto de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, respecto a los que el art. 282.2 LECrim., modificado por la Ley 38/2002.

interprete; 8. Diligencia de aviso a consulado; 9. Diligencia de antecedentes policiales; 10. Diligencia de reseña de objetos del detenido; 11. Diligencia de personación (o no) del abogado; 12. Diligencia de declaración del detenido; 13. Diligencia de puesta en libertad (en su caso); 15. Diligencia de entrega/traslado detenido; 16. Diligencia de entrega y remisión.

Según las diferentes diligencias de referencia, en la diligencia de inicio o exposición de hechos se hará constar claramente cuáles son los motivos que han dado lugar a la privación de libertad de la persona detenida. En esta, deberá constar asimismo el motivo de la razón de actuación; si ha sido por llamada vía telefónica, requerimiento vecinal, servicio emergencias 112..., qué ha ocurrido; cuáles son los hechos que observamos, y finalmente el desenlace de la actuación policial.

Por tanto, deberemos reflejar los pasos que hayamos efectuado para actuar conforme a la CE y al Ordenamiento Vigente. La finalidad en mi opinión, será que la actuación policial esté motivada, fundamentada y, que en definitiva cumpla con los requisitos que la legislación nos obliga, es decir, desde que se solicita una identificación hasta que se procede a la privación de libertad de la persona como presunta autora de unos hechos delictivos, velando en todo momento por sus derechos y su integridad física.

El atestado deberá presentarse ante la autoridad judicial en un plazo máximo de veinticuatro horas (art. 295 LECrim.), junto con los efectos del delito. Si bien, la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, ha introducido variadas e importantes novedades en el ámbito del proceso penal y, asimismo, en lo que ahora nos interesa, en lo referente a la remisión de los atestados por parte de la policía judicial.

Como se ha argumentado inicialmente, el art. 295 LECrim¹²⁸ en su primer apartado, señala un plazo máximo de remisión de 24 horas, añadiendo una excepción que viene determinada por los supuestos de fuerza mayor o la concurrencia de alguno de los supuestos contemplados por el art. 284.2 LECrim¹²⁹. De conformidad con el derecho

¹²⁸“En ningún caso los funcionarios de Policía Judicial podrán dejar transcurrir más de veinticuatro horas sin dar conocimiento a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal de las diligencias que hubieran practicado, salvo en los supuestos de fuerza mayor y en el previsto en el apartado 2 del artículo 284”.

¹²⁹2. No obstante, cuando no exista autor conocido del delito de la policía judicial conservará el atestado a disposición del Ministerio Fiscal y de la autoridad judicial, sin enviárselo, salvo que concurra algunas de las siguientes circunstancias: a) Que se trate de delitos contra la vida, contra la integridad física, contra la libertad e indemnidad sexuales o de delitos relacionados con la corrupción; b) Que se practique cualquier

reconocido en el art. 6 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito, “la policía judicial comunicará al denunciante que, en caso de no ser identificado el autor en el plazo de setenta y dos horas, las actuaciones no se remitirán a la autoridad judicial”.

De este modo, en los casos en los que no exista autor conocido del delito, la policía judicial no procederá al envío del atestado, sino que se limitará a conservarlo a disposición del Ministerio Fiscal y de la Autoridad Judicial excepto en el caso de los requisitos del mencionado art. 284.2 LECrim.

Además, cabe disponer que, esta nueva regla general cederá cuando se practiquen cualesquiera diligencias después de transcurridas setenta y dos horas desde la apertura del atestado y éstas hayan tenido algún resultado o bien cuando la remisión sea solicitud por el ministerio fiscal o la autoridad judicial.

Esta nueva regulación, en la práctica, plantea toda una serie de dudas que el legislador aparentemente ha dejado de forma no aclaratoria. Así, en el apartado b) del mencionado art. 284.2, se hace referencia a diligencias que tengan algún resultado, pero sin especificar si dicho resultado ha de ser tendente con la averiguación de la identidad del autor o tendente a la averiguación de hechos nuevos o de especial interés. Otra cuestión pendiente de aclaración es, si transcurridas las setenta y dos horas, la policía judicial podrá proseguir investigando de manera autónoma o deberá de proceder al archivo del atestado lo cual desembocaría en una más que posible impunidad de los hechos.

Todos estos interrogantes, en mi opinión parecen destinados a resolverse a través de la práctica diaria por parte de las diferentes unidades de policía judicial actuando siempre con sujeción, pleno sometimiento a la Ley, colaboración y sinergia con la autoridad judicial.

A modo aclaratorio, cabe tener presente el hecho que, cuando no pueda ser identificado el autor del delito denunciado en el plazo de setenta y dos horas dispuesto, la policía judicial deberá comunicar tal circunstancia a la víctima emplazándola para que reitere su denuncia ante el Juzgado de Guardia a los efectos de que el atestado pueda ser remitido

diligencia después de transcurridas setenta y dos horas desde la apertura del atestado y éstas hayan tenido algún resultado; o c) Que el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial soliciten la remisión.

en los términos del apartado c) del art. 284.2 de la LECrim, a posible petición del Fiscal o de la Autoridad Judicial.

En definitiva, bajo mi punto de vista, la reforma de la remisión del atestado por parte de la policía judicial, constituye un nuevo ejemplo de reforma legal teóricamente destinada a facilitar el trabajo de las FFCCSS junto con jueces y fiscales pero que, en la práctica, puede plantear ciertos inconvenientes. Por otro lado, cabe entender que este precepto puede deberse principalmente a fines de economía procesal debido a la reducción considerable del número de causas penales, pues un número importante de procesos penales se incoarán para sobreseerse de forma casi inmediata por falta de autor conocido.

En referencia al protocolo o procedimiento de la cadena de custodia, los miembros de policía judicial, deberán acreditar todos aquellos instrumentos o pruebas del delito en riesgo de desaparición y asegurando la “cadena de custodia”. Así, el TC hace referencia a asegurar la “mismidad de la prueba”¹³⁰, es decir, el medio probatorio que se exhibe en desarrollo del juicio oral deberá ser el mismo que fue recogido en la escena del delito o en otros lugares en el curso de las pesquisas adelantadas por los investigadores. Este protocolo, por tanto, ha de ser de obligado cumplimiento por los intervinientes en el proceso para que los instrumentos del delito, las cosas objeto o producto de él, así como cualquier otra evidencia relacionada con este, sean asegurados, trasladados, analizados y almacenados debidamente para que no se pierdan, destruyan o alteren.

En referencia al valor probatorio del atestado policial y de sus diligencias, cabe disponer que existe una controversia legal y jurisprudencial al respecto.

Por un lado, el art. 297 LECrim dispone que “los atestados que redactaren y las manifestaciones que hicieren los funcionarios de policía judicial, a consecuencia de las averiguaciones que hubiesen practicado, se considerarán denuncias para los efectos legales”. En este sentido, el TC ha precisado que el atestado tiene valor de denuncia, de manera que cumple la función de ser acto de iniciación del proceso penal¹³¹ y advierte de la peligrosidad de dotar al atestado de una fuerte virtualidad probatoria, entrañando un riesgo de vulneración de los derechos fundamentales de tutela judicial efectiva, defensa y presunción de inocencia según lo tipificado en el art. 24 CE¹³².

¹³⁰ SSTC 776/2011, de 20 de julio; 6/2010, de 27 de enero; 1190/2009, de 3 de diciembre.

¹³¹ STC 173/1985, de 16 de diciembre.

¹³² SSTC 31/81, de 28 de julio; 9/1984, de 30 de enero; 182/1989, de 3 de noviembre.

Asimismo, el TS, en su sentencia de 23 de enero de 1987, ha concretado el auténtico valor que los tribunales pueden otorgar al atestado. Cuando se trate de opiniones o informes referentes a las personas investigadas, de declaraciones de testigos o de diligencias semejantes, efectivamente no se les puede atribuir por sí solas otro valor que el de meras denuncias.

En esta línea, en la sentencia del TS, 3093/1997, de 3 de mayo, hace referencia que “las declaraciones policiales carecen de valor probatorio de cargo, si no se ratifican ante el Juzgado o en el juicio oral por los que las emitieron, o si no las corroboran los funcionarios policiales ante los que se prestaron”.

Según la exposición de hechos efectuada, cabe disponer que la finalidad por tanto del atestado policial, será la denuncia, es decir, poner en conocimiento aquellas gestiones y averiguaciones policiales a la autoridad judicial y ratificadas en juicio oral, como se ha referenciado según el art. 297 de la LECrim. Por lo tanto, y en lo referente a las manifestaciones que los agentes de la policía puedan hacer en el mismo, no tendrá valor de prueba de cargo con carácter general.

Esta valoración inicial de mera denuncia del atestado, en mi opinión puede considerarse y entenderse que se encuentra motivada por una cuestión de competencias constitucionales, reservada a los jueces¹³³ y en relación a la libre valoración de la prueba según el art. 741 LECrim¹³⁴.

No obstante, aunque la valoración del atestado es considerada por una parte de la doctrina como de mera denuncia, la jurisprudencia en este sentido, emanada del TC¹³⁵, viene asignando al mismo un valor probatorio, de acuerdo con el art. 741 LECrim, cuando su contenido es ratificado ante el órgano judicial, durante las sesiones del juicio oral, normalmente mediante declaración testifical de los agentes policiales firmantes de aquél, al objeto de dar cumplimiento al principio de contradicción.

¹³³Art. 117.3 CE. “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”.

¹³⁴El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley.

¹³⁵SSTC 9/1984, de 30 enero; 101/1985, de 4 octubre, 159/1985, de 27 noviembre; 49/1986, de 23 abril; 201/1989, de 30 noviembre; 107/1993, de 22 marzo, y 157/1995, de 6 noviembre.

En este sentido, el apartado segundo del art. 297 LECrim y el art. 717 LECrim exponen que “las demás declaraciones que presentaren deberán ser firmadas, y tendrán el valor de declaraciones testificales en cuanto se refieran a hechos de conocimiento propio”. Para que el acto de iniciación pueda llegar a tener consecuencias probatorias es necesario que el miembro de la policía judicial que lo redactó declare como testigo en el juicio oral ante el Tribunal juzgador y sentenciador, reiterándolo y ratificándolo¹³⁶.

Así, el atestado dispone de virtualidad probatoria propia, cuando contenga datos objetivos y verificables, como en el caso de croquis, planos, huellas, identificaciones, dactiloscopia, que sin estar dentro del perímetro de la prueba preconstituida o anticipada, pueden ser elementos de juicio coadyudantes. Estos datos tendrán al menos el valor de dictámenes periciales, especialmente si se ratifican en presencia judicial durante las sesiones del juicio oral y con la posibilidad de que las partes puedan dirigir sus observaciones u objeciones o pedir aclaraciones a los miembros de los referidos servicios¹³⁷.

Cuando se trate de diligencias objetivas y de resultado incontestable, como la aprehensión “*in situ*” de los presuntos delincuentes, los supuestos en que estos fueren sorprendidos en situación de flagrancia o cuasiflagrancia, la ocupación y recuperación de los efectos e instrumentos del delito, de armas, drogas o sustancias estupefacientes, efectos estancados o prohibidos, entrada y registro en lugar cerrado, y la totalidad que se hallara durante el transcurso de los mismos, bajo mandamiento judicial o consentimiento del morador o del que tiene derecho a excluir, el valor que se deberá atribuir es el de verdaderas pruebas¹³⁸.

Cabe diferenciar el matiz entre la prueba documental, que es el atestado ratificado, con independencia de su consideración material de documento, pues no se le atribuye como regla general, el carácter de prueba documental. Por otro lado, en los supuestos que los agentes policiales que intervinieron en el atestado presten declaración en el juicio oral, las declaraciones tendrán la consideración de prueba testifical, es decir, la declaración del policía ante el juez¹³⁹. Solo en los supuestos de planos, croquis, fotografías, etc... el atestado policial puede tener la consideración de prueba documental.

¹³⁶STC 217/1989, de 21 de diciembre; SSTS 1138/1998, de 2 de diciembre; 1107/2005, de 10 octubre.

¹³⁷SSTC 107/1983, de 29 de noviembre; 201/1989, de 30 de noviembre; 303/1993, de 25 de octubre; 157/1995, de 6 de noviembre; 175/1997, de 14 de octubre.

¹³⁸STC 24/1991, de 11 de febrero; STS 272/2020, de 6 de febrero.

¹³⁹STC 217/89, de 21 de diciembre.

Otra consideración diferente, es cuando el atestado policial a su vez, puede llegar a alcanzar el valor de prueba preconstituida o anticipada¹⁴⁰, como en el caso de las pruebas de alcoholemia o pruebas toxicológicas de drogas o de ADN. Estas pruebas son técnicas realizadas por la policía que no pueden ser repetidas en la vista oral, por lo que se preconstituyen como prueba siempre y cuando se incorporen debidamente al atestado¹⁴¹.

Según la controversia analizada, manifiesta ASENCIO MELLADO que el atestado, “solo alcanza valor probatorio lo referido a elementos objetivos y materiales aportados; es testifical lo que la propia policía ha presenciado y mera denuncia todo lo demás. Una valoración de carácter subjetiva, nunca puede llegar a considerarse una prueba de valor probatorio”¹⁴².

A tenor de las exposiciones contenidas en un atestado, se tratarán de recoger hechos objetivos que se hayan producido, sin hacer constar valoraciones o calificaciones jurídicas y evitando plasmar criterios subjetivos o actuaciones sin fundamento, tales como “actitudes sospechosas” o cuestiones irrelevantes para el proceso penal. El funcionario policial, deberá, por tanto, reflejar de forma clara y concreta, los indicios o pesquisas de objeto de la actuación policial¹⁴³. En esta línea, en las diligencias policiales redactadas a consecuencia de una detención, nunca se consignará como justificación de su práctica la mera sospecha que se hubiere infundido por los agentes que la llevaron a cabo, o la manifestación no contrastada. En su lugar deberá fundamentarse con rigor y objetividad los hechos y circunstancias que motivaron tal actuación. En mi opinión considero obvio que en el cuerpo del atestado policial se debe aportar e incluir hechos objetivos y no criterios subjetivos o no probatorios a fin de acreditar las actuaciones policiales relevantes en el proceso penal, así como la detención plenamente ajustada a derecho y justificada fehacientemente de la persona privada de libertad.

¹⁴⁰SSTC 100/1985, 30 de octubre; 88/1988, de 9 de mayo; 89/1988, de 9 de mayo; 138/1992, de 13 de octubre; 303/1993, de 25 de octubre; 173/1997, de 14 de octubre, en la que, después de negar al test alcoholimétrico el valor de denuncia, se afirma que constituye una prueba “pericial e indiciaria”, el Auto de 4 de julio de 1988 en el que se otorga el valor de “prueba pericial preconstituida”; en el mismo sentido las SSTC 161/1997, de 20 de octubre; 173/1997, de 14 de octubre; 234 /1997 y 252/1994, de 19 de septiembre; 24/1992, de 14 de febrero; 89/1988, de 9 de mayo; 107/1985, de 7 de octubre; 145/1985, de 28 de octubre y STS 21 de diciembre de 1987.

¹⁴¹MELLADO ASENCIO, J. M^a., “Medidas cautelares (...)”, op. cit., p. 426.

¹⁴²MELLADO ASENCIO, J. M^a., “Medidas cautelares (...)”, op. cit., p. 429.

¹⁴³CUADRADO SALINAS, C., “Medidas cautelares (...)”, op. cit., p. 110.

En referencia a los sujetos que intervienen en el atestado, la instrucción será llevada a cabo por los miembros de policía judicial encargados de la elaboración material del atestado, generalmente desempeñada por dos funcionarios policiales, en calidad de Instructor y Secretario respectivamente. La figura del Secretario encargado de la dirección técnica del atestado, recaerá por aquel que dispusiere de mayor categoría o mayor antigüedad y con carácter general de una buena y adecuada formación jurídica.

En cuanto a la máxima responsabilidad en la confección del mismo recaerá en su Instructor, quien se convierte, al mismo tiempo, en el garante de los derechos y libertades que la Constitución y la Ley otorgan a toda persona detenida.

Este funcionario policial, responsable y garante de los derechos y libertades de toda persona privada de libertad, podría incurrir según el art. 167.1 CE en un supuesto de detención ilegal, cuando no se reunieran las condiciones generales de la detención, según lo dispuesto en el art. 492 LECrim, Asimismo, si la detención se prolongara más del plazo permitido o sin respetar las garantías legales, el Instructor y responsable del atestado policial incurriría penalmente según lo dispuesto en el art. 530 CP y 531 CP.

Exponente de esta responsabilidad, se establece en la STS núm. 1594 de 5 de junio de 1995, donde “ se condena a un Subcomisario del Cuerpo Superior de Policía, que por su cargo de instructor del atestado tenía el deber de intervenir para evitar las amenazas e insultos que en su despacho y a su inmediata presencia proferían sus subordinados al detenido y sometido a interrogatorio, pudiéndose entender que, al no impedirles actuar así, les permitió hacerlo, lo que conlleva que su conducta caiga de lleno en el ámbito del tipo descrito...”

Ante delitos dada la acción referida del art. 176 CP, u otros que le pudieran ser atribuibles incurriría tanto la responsabilidad penal como en la disciplinaria.

En este caso, el art. 176 CP indica que “se impondrán las penas respectivamente establecidas en los arts. precedentes a la autoridad o funcionario público que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos” (en relación a los delitos de torturas y/o tratos degradantes).

Según la exposición de hechos efectuada, considero que la finalidad por tanto del atestado policial, será la denuncia, es decir, poner en conocimiento aquellas gestiones y averiguaciones policiales a la autoridad judicial y ratificadas en juicio oral, como señala

el art. 297 de la LECrim. Por lo tanto, y en lo referente a las manifestaciones que los agentes de la policía puedan hacer en el mismo, no tendrá valor de prueba de cargo con carácter general. La autoridad judicial en mi opinión será quien valore y limite los derechos fundamentales en vista del bien común y en los cauces establecidos a tal fin.

5. Conclusiones.

1. La detención es una medida cautelar de carácter personal que se caracteriza por la privación del derecho a la libertad, consagrada en el art. 17.1 de la CE. Esta privación de libertad debe realizarse conforme a Ley y solo debe imponerse cuando sea estrictamente necesaria. Su práctica está habilitada cuando concurren indicios suficientes para creer que la persona ha cometido un hecho delictivo. No caben detenciones arbitrarias y la libertad debe ser la regla general. Su carácter es excepcional, pero considero que resulta necesaria su existencia como una garantía procesal y de seguridad en la justicia, pese a la confrontación con este derecho fundamental, con el fin de asegurar la efectividad y la ejecución de una futura sentencia.

2. La detención es una medida cautelar de carácter “provisionalísimo”, limitada en el tiempo, como establece el art. 17.2 de la CE. En referencia a este precepto temporal, existen varias contradicciones normativas y constitucionales respecto al plazo fijado en veinticuatro horas y el de setenta y dos. La duración máxima de la detención deberá entenderse que es, en todo caso, el “mínimo indispensable” y “estrictamente necesario” para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. Pero bien entendido que se trata de un plazo máximo de setenta y dos horas en base al precepto constitucional para que la persona privada de libertad sea puesta a disposición del juez. Este término temporal, por tanto, se considera suficiente para el esclarecimiento de los hechos y puesta a disposición de la persona detenida en sede judicial, salvo la excepcionalidad de la prórroga justificada en materia de terrorismo.

3. En los casos excepcionales de detenciones practicadas a personas menores de edad, considero que, aunque la finalidad evidente de la LORPM es de carácter reeducativa debida a esta “inmadurez establecida”, y se han adoptado determinadas medidas de endurecimiento para sancionar los delitos violentos cometidos por estos menores tras la

reforma normativa del 2003, sí deberían ser estudiados estos casos especialmente atendiendo a las circunstancias específicas de los hechos cometidos y sin la excusa de su minoría de edad. De este modo, serían procesados en igualdad de condiciones como en el proceso de las personas adultas. Por tanto, cabría pensar en proceder a una modificación de la ley del menor y atender estas situaciones personales porque el criterio biológico en el que se basa nuestro ordenamiento, no atiende o no corresponde en numerosas ocasiones, al grado de madurez y comprensión de la conducta realizada por estas personas menores de edad.

4. El valor probatorio del atestado policial será de mera denuncia, es decir, poner en conocimiento aquellas gestiones y averiguaciones policiales a la autoridad judicial, como señala el art. 297 de la LECrim. Por lo tanto, y en referencia a las manifestaciones que los agentes de la policía puedan hacer en el mismo, considero que no tendrán valor de prueba de cargo con carácter general.

En las exposiciones contenidas en el atestado policial, se recogerán aquellos hechos objetivos que se hayan producido y no criterios subjetivos o no probatorios, evitando plasmar juicios personales o actuaciones sin fundamento, tales como “actitudes sospechosas” o cuestiones irrelevantes para el proceso penal, a fin de acreditar las actuaciones policiales significativas, así como que la detención se encuentra plenamente ajustada a derecho.

En esta línea, en las diligencias policiales redactadas a consecuencia de una detención, nunca se establecerá como justificación de su práctica los meros indicios que hubieren motivado a los agentes que la llevaron a cabo, así como la manifestación no contrastada.

6. Bibliografía.

ALONSO PÉREZ, F., *Manual del Policía*, 3ª Edición, la Ley, Madrid, 2003.

ALONSO PÉREZ, F., (Coord.), “Principios básicos de actuación”. *Manual del Policía*, 2ª Edición, La Ley-Actualidad, S.A. Madrid, 2004.

ARANGÜEN, FANEGO, C., “*Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal*”, J.M. Bosch Editor S.A, Barcelona, 1991.

ASENCIO MELLADO (Dir.) y FUENTES SORIANO (Coord.), *Derecho Procesal Penal*, 2ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

DE HOYOS SANCHO, M., *La detención por delito*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho procesal Penal. Materiales para el estudio*. Copyleft. Universidad Complutense de Madrid, <https://eprints.ucm.es/id/eprint/62310/1/Fernando%20GasconDerecho%20Procesal%20Penal-Curso%2020-21.pdf>, 2019. I.S.B.N.: 978-84-09-14502-7.

GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal. El proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1987.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. (Coord.), *Manual de Introducción al Derecho Penal*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019.

MARCHENA GÓMEZ, M., GONZÁLEZ-SERRANO, N., “*La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*”. Castillo de Luna, Madrid, 2015.
<http://www.editorialmeta.es/libros/policia-local-andalucia/policia-local-de-andalucia-paginas-de-prueba-volumen-III-2020.pdf>, 2020.

MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER, BARONA VILAR, ESPARZA LEIBA, ETXEBERRIA GURIDI, *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, 10ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, 21ª Ed., Valencia, 2013.

MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMINGUEZ, V., *Derecho Procesal penal*, 7ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

RIFÁ SOLER, J. M.^a, RICHARD GONZÁLEZ, M., RIAÑO BRUN, I., *Derecho procesal penal*, Fondo de publicaciones del Gobierno de Navarra, Pamplona, <https://www.navarra.es/NR/rdonlyres/913EC53B-45CB-471D-9142-9B186D079240/305602/PL13.pdf>, 2006.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., *La detención*, Akal, Móstoles, 1987.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Libertad, Detención y Prisión provisional (reflexiones críticas de la deficiente videncia real y efectiva del art. 17 de la Constitución”, XII Jornadas de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado), *Los derechos y libertades públicas* (I), Vol. I, Madrid, 1992.

SERVERA MUNTANER, J. L., “Necesidad de una deontología profesional para la policía”. *Ética Policial*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentario a la Ley Enjuiciamiento Criminal*, La Ley, Madrid, 2010.

YUSTE BARRANQUERO, A., “Principios básicos de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”. *Cuadernos de seguridad y policía. Aspectos legales de la seguridad*. Dykinson, Madrid, 2006.